



Doctorado en
DERECHO

**LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE
DINERO Y SU CONGRUENCIA CON EL DERECHO A LA PRIVACIDAD, LA
HONRA Y EL *HABEAS DATA* EN NICARAGUA**

Autor: Alejandro Ramón Aguilar Altamirano

Tutor: Prof. Dr. Jairo José Guzmán García

Managua, 10 de Noviembre de 2011

LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO Y SU CONGRUENCIA CON EL DERECHO A LA PRIVACIDAD, LA HONRA Y EL *HABEAS DATA* EN NICARAGUA¹

Resumen

Durante las dos últimas décadas, Nicaragua ha venido suscribiendo una serie de compromisos internacionales para luchar contra el lavado de dinero procedente del tráfico de drogas, delincuencia organizada, corrupción y terrorismo. Esto ha implicado la adopción de una serie de medidas administrativas dirigidas a la prevención del lavado de dinero y activos procedentes de estos delitos graves. El presente trabajo analiza estas medidas administrativas de inteligencia financiera y su congruencia con respecto a la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 26 de la Constitución (derecho a la privacidad, honra y reputación, y *habeas data*).

Palabras claves

Lavado de dinero, narcotráfico, corrupción, delincuencia organizada, terrorismo, derechos humanos, privacidad, dignidad, honra, *habeas data*.

Abstract

During the past two decades, Nicaragua has signed a series of international commitments to combat money laundering from drug trafficking, organized crime, corruption and terrorism. This has involved the adoption of a series of administrative measures aimed at preventing money laundering and assets from these serious crimes. This paper analyzes these administrative measures of financial intelligence and its consistency with respect to the protection of fundamental rights enshrined in Article 26 of the Constitution (right to privacy, honor and reputation, and *habeas data*).

Key Words

Money laundering, drug trafficking, corruption, organized crime, terrorism, human rights, privacy, dignity, honor *habeas data*.

¹ Trabajo de Investigación presentado para superar el Primer Año de Docencia del Programa de Doctorado “Cuestiones Actuales del Derecho”.

SUMARIO:

1. Antecedentes. 2. Nicaragua miembro de GAFIC. 3. Los compromisos internacionales relacionados a la prevención de lavado de dinero. 3.1. La Convención de Viena. 3.2. La Convención sobre asistencia penal mutua. 3.3. La Convención Interamericana contra la corrupción. 3.4. El Convenio para reprimir la financiación del terrorismo. 3.5. La Convención de Palermo. 3.6. La Convención de Mérida. 3.7. Otros Convenios y Acuerdos regionales o bilaterales. 4. Constitución, mercado financiero y derechos fundamentales. 4.1. Derecho a la privacidad. 4.2. Derecho a la honra y reputación. 4.3. Garantía de Habeas Data. 5. Instituciones claves. 5.1. Comisión de Análisis Financiero. 5.2. Ministerio Público. 5.3. Procuraduría General. 5.4. Policía Nacional. 6. Cumplimiento de compromisos internacionales. 6.1. Código Penal. 6.2. Código Procesal Penal. 6.3. La prevención del lavado de dinero en el sector financiero regulado. 6.4. La autoridad central de cooperación penal. 7. Incumplimientos relevantes de Nicaragua. 7.1. La carencia de una Unidad de Análisis Financiero. 8. Conclusiones. 9. Referencias bibliográficas.

Introducción

En los últimos veinte años la comunidad internacional se ha venido mostrando especialmente preocupada por el incremento vertiginoso de la criminalidad organizada transnacional, frente a la cual era necesario coordinar acciones de manera simultáneamente, a fin de incrementar las medidas de control, prevención y persecución de sus distintas modalidades: corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, tráfico de armas y personas, y en la última década, el fenómeno del terrorismo.

Para cumplir este objetivo, se han dado pasos importantes que han significado un incremento de los compromisos y la coordinación de los países miembros de las Naciones Unidas, a fin de avanzar juntos en la eficacia de la prevención y la lucha contra las distintas modalidades de la criminalidad organizada transnacional.

El presente *paper de investigación* indaga sobre los compromisos internacionales que nuestro país ha ratificado, y cuya consecuencia es la adopción de medidas administrativas de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (usualmente llamados como

compromisos PLD/CFT); y que tienen como referencia ciertos estándares internacionales a los efectos de poder evaluar el nivel cumplimiento de cada país.

Evidentemente, se trata de un objetivo de política pública en materia de seguridad nacional y política exterior, que requiere concreción en un sistema de prevención de carácter administrativo que precede a la adopción de medidas y sanciones de carácter penal, pero que no puede obviar el marco de un sistema de respeto a los derechos humanos y las exigencias de legalidad de las actuaciones del Estado constitucional.

Dicho en pocas palabras, el presente trabajo de investigación ha pretendido indagar si las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero adoptadas por el Estado de Nicaragua y la estructura de funcionamiento institucional creada, son las más adecuadas y han respetado o no los derechos fundamentales establecidos en el artículo 26 de la Constitución Política; o si pueden poner en riesgo tales derechos.

Por todo ello, la utilidad del estudio es ofrecer una visión de la particular situación de Nicaragua en esta materia, dado que todos los países del continente han adoptado una estructura institucional que parece más apropiada para poner en práctica sus sistemas o programas administrativos de prevención de lavado de dinero; auxiliándonos para ello de los textos originales de los convenios internacionales, los informes de seguimiento a nuestro país, las leyes, decretos y normativas emanadas de la institución de supervisión financiera, la jurisprudencia en materia de derechos humanos, otros doctrinales estudios en la materia y el análisis del funcionamiento concreto de las instituciones involucradas en estas medidas.

1. Antecedentes

De acuerdo con diversos estudios (Caparrós, 1998; Zamora, 2000; Del Cid, 2007; Úbeda-Portugués, 2009), el ocultamiento de los beneficios provenientes de cierto tipo de ilícitos (*lavado de dinero* o *blanqueo de capitales*), es una de las actividades delictivas que más ha evolucionado en los últimos años hacia formas cada vez más sofisticadas, debido a la necesidad creciente de los criminales, de introducir los activos ilegalmente obtenidos dentro de los circuitos financieros de la economía, especialmente como reacción a las medidas cada vez más efectivas adoptadas contra su patrimonio: ocupación, incautación, embargo, decomiso o confiscación.

El primer antecedente legislativo de la tipificación, detección y prevención del lavado de dinero fue el *Acta de Secreto Bancario* de los Estados Unidos (USG, 1970)², pieza central de la legislación norteamericana sobre este ilícito, que impuso a las instituciones financieras la obligación de colaborar con las autoridades bancarias en la prevención de este delito, para lo cual ha sido promulgada una minuciosa y extensa regulación (FFIEC, 2010).³

Un elemento clave a tener en cuenta es que, desde hace muchos años, “tratándose por ejemplo, de la cocaína y la heroína, el volumen físico del dinero producto de su venta es mayor que el volumen físico de la droga misma y, paradójicamente, desde el punto de vista material, resulta más fácil ingresar los estupefacientes a un país que sacar el efectivo por la venta del mismo” (Tondini, 2006, p. 6).

Como bien señala Del Cid (2007), el blanqueo de capitales se ha convertido en un fenómeno de dimensiones internacionales. Es evidente que las ganancias ilícitas generadas por ciertos delitos como el narcotráfico, la corrupción, la trata de personas o el tráfico de armas, son cantidades enormes que necesitan ser ocultadas e invertidas en actividades o empresas formales de la economía para poder ser disfrutadas.

El blanqueo de capitales se aprovecha de los sectores más vulnerables de la economía, y aunque el sector financiero ha sido tradicionalmente uno de los más atractivos para las organizaciones criminales, y sigue siendo el que recibe y canaliza la mayor parte del

² La BSA también conocida como *Ley de Reporte de Moneda y Transacciones Exteriores de los Estados Unidos*, dispone que las instituciones financieras deben prestar ayuda a las agencias del Gobierno para detectar y prevenir la actividad de lavado de dinero. En concreto, la ley exige que las instituciones financieras mantengan registros de las compras en efectivo de instrumentos negociables, presenten informes de las transacciones en efectivo superiores a diez mil dólares diarios (\$10.000), y reporten actividades sospechosas que pudieran significar lavado de dinero, evasión de impuestos u otras actividades criminales. Fue aprobada por el Congreso en 1970. Es referida también como *Ley Anti-Lavado de Dinero*, LMA o BSA/AML.

³ Una regulación detallada de los procedimientos de inspección se encuentra en el documento: FFIEC. (2010). *Bank Secrecy Act. Anti-Money Laundering Examination*. U.S. Government. Hay versión en español disponible en línea bajo el título: *Manual de Inspección Anti-lavado de Dinero/Ley de Secreto Bancario*. El FFIEC o Consejo Federal de Inspección de Instituciones Financieras, se creó en Marzo de 1979 para establecer uniformidad en principios, normas y formularios de informes, y para fomentar la regularidad en la supervisión de las instituciones financieras. Está compuesto por seis miembros con derecho a voto: La Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal, la Corporación Federal de Seguro de Depósitos, la Administración Nacional de Cooperativas de Crédito, la Oficina del Interventor Monetario, la Oficina de Supervisión de Instituciones de Ahorro y el Comité de Coordinación Estatal. Las actividades del Consejo cuentan con el respaldo de grupos de tareas formados entre agencias y por un Comité de Coordinación Estatal asesor, compuesto por cinco representantes de agencias estatales, que supervisan las instituciones financieras.

dinero de origen delictivo (Del Cid, p. 23); es común que se intente utilizar entidades no bancarias y empresas con altos volúmenes de efectivo (sector inmobiliario, comercio de obras de arte, casas de remesas, casinos, etc.), para legitimar los activos ilícitos. Proceso en el que algunos autores ven momentos diferenciados: *el delito previo, el ocultamiento del origen ilícito y la inversión y disfrute de los bienes* (Zamora, pp.10-13); o siguiendo el modelo FATF⁴: colocación (*placement*), encubrimiento (*layering*) e integración (*integration*) (Del Cid, pp. 23-24).

Ahora bien, aunque el lavado de dinero era una preocupación mundial compartida, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Washington y Nueva York, tuvieron como consecuencia directa un replanteamiento de las medidas de seguridad y de los sistemas de defensa en muchos países; de manera que como respuesta a tales acontecimientos, se imprimió celeridad a una diversidad de compromisos internacionales dirigidos a prevenir y combatir con mayor efectividad a las formas mejor estructuradas, sofisticadas y poderosas de la criminalidad organizada: narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas y comercio de armas; a las que se agregó entonces: el terrorismo, y muy pronto, la corrupción.

En particular, el 28 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de la ONU, a través de la Resolución 1373⁵, pidió a los Estados miembros que adoptasen una serie de medidas contra el terrorismo: tipificación, prevención y represión del financiamiento al terrorismo, congelación de fondos relacionados con actividades terroristas, medidas contra nacionales participantes en las tramas de la financiación del terrorismo, adopción de controles eficaces de fronteras, etc.

A pesar de las medidas acordadas, el 11 de marzo de 2004, la ciudad de Madrid fue víctima del mayor atentado terrorista cometido en Europa hasta esa fecha (diez explosiones casi simultáneas en cuatro trenes a la hora punta de la mañana). Poco tiempo después, el jueves 7 de julio de 2005, cuatro explosiones más paralizaron el transporte público de la ciudad de Londres en plena hora punta de la mañana, siendo los actos de terrorismo más sangrientos en el Reino Unido desde el atentado de Lockerbie (Escocia) en 1988, y los más mortíferos en la ciudad de Londres desde la Segunda Guerra Mundial.

⁴ FATF-GAFI: Financial Action Task Force – Grupo de Acción Financiera.

⁵ Resolución 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre, [Ref: S/RES/1373 (2001)]. Recuperada el 3 de agosto de 2011, de <http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/scres1373e.htm>

Estos hechos evidenciaron que era necesario profundizar más la cooperación y los estándares internacionales contra el crimen organizado y el terrorismo, adoptándose nuevas acciones para la prevención y la lucha contra la financiación del terrorismo, medidas para facilitar el intercambio de información, aumentar la transparencia y mejorar la trazabilidad de las transacciones financieras, entre otras.⁶

En definitiva, la comunidad internacional se ha comprometido a través de diversos instrumentos a implementar medidas contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, a fin de prevenir, perseguir y sancionar este tipo de conductas delictivas, que afectan no solamente al país agredido, sino también sus relaciones internacionales.

De estos acuerdos han surgido dos instituciones globales especializadas que son: el Grupo de Acción Financiera, GAFI⁷, y el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera⁸, habiendo adquirido ambas un papel rector en la prevención y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (LD/FT).

Ambas organizaciones promueven la adopción de medidas internacionales que se conocen como: “*Las cuarenta recomendaciones para combatir el lavado de dinero*” (GAFI, 2003) y “*Las nueve recomendaciones especiales sobre el financiamiento del terrorismo*” (GAFI, 2001) elaboradas

⁶ Resolución 1566 (2004), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004 [Referencia: S/RES/1566 (2004)]. Recuperada de internet en 4 de agosto de 2011 de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/542/85/PDF/N0454285.pdf?OpenElement>

⁷ Grupo de Acción Financiera (GAFI): organismo intergubernamental creado en una Cumbre del G-7 celebrada en París en 1989, destinado a desarrollar y promover políticas nacionales e internacionales de lucha contra el lavado de dinero y financiación del terrorismo. Es un organismo de formulación de políticas, que trata de promover y generar voluntad política para reformar las leyes y reglamentos en este ámbito. Ha publicado 40 + 9 recomendaciones con este objetivo. Página oficial: <http://www.fatf-gafi.org>

⁸ Grupo Egmont: organismo internacional conformado por Unidades de Inteligencia Financiera (UIF). Es una red internacional para intercambiar información, conocimientos y tecnología contra el lavado de activos y financiación del terrorismo. Se inició en 1995 en el Palacio Egmont-Arenberg (Bruselas), con un primer foro de donde tomó su nombre. Los principios para intercambio de información del Grupo Egmont son: confidencialidad, reciprocidad, celeridad, seguridad e informalidad.

A finales de 2007 logró establecer una definición única de Unidad de Información Financiera, que rige para todas las que lo integran como las unidades que aspiran a integrarlo. Fijó los principios para el intercambio de información y un modelo de Memorando de Entendimiento para maximizar la cooperación entre UIF. El Grupo Egmont logró a nivel internacional, como ante GAFI, el reconocimiento de la importancia de las UIF en los programas anti lavado de dinero y contra la financiación del terrorismo y la aceptación por todos los miembros de las 40 + 9 Recomendaciones Especiales de GAFI. Cuenta con 106 UIF de todo el mundo. Su página oficial es: <http://www.egmontgroup.org/>

por el Grupo de Acción Financiera (en adelante *las 40+9 Recomendaciones*). En particular, dicha organización ejecuta un programa de seguimiento, evaluación y calificación del desempeño de sus miembros, constituyendo la referencia mundial en materia de riesgos PLD/CFT.

A partir de este seguimiento y evaluación, esta organización elabora una relación, llamada “*lista negra*”, con jurisdicciones de alto riesgo y no cooperantes, países sujetos a medidas de prevención y países con graves deficiencias estratégicas que no mejoran⁹. Y una llamada “*lista gris*” en la que incluye a los países con graves deficiencias estratégicas que no mejoran lo suficiente en su cumplimiento y países con graves deficiencias estratégicas que tienen una mejora global de cumplimiento¹⁰.

3. Nicaragua miembro del GAFIC

En Octubre de 1996 Nicaragua suscribió el “*Acta de Entendimiento entre los Gobiernos Miembros del Grupo de Acción Financiera del Caribe*” (GAFIC, 2006), convirtiéndose en miembro de esta entidad regional y asumiendo el compromiso de cumplir los acuerdos de dicha organización. Desde entonces Nicaragua ha venido adoptando una serie de medidas tendientes a cumplir las 40+9 recomendaciones de GAFI.

Por esta razón, nuestro punto de partida son los resultados de la Reunión Plenaria conjunta GAFI-GAFISUD realizada en México en junio 2011, durante la cual se revisaron los avances de los países miembros de ambas instituciones, en la que Nicaragua fue ubicada en la “*lista gris*” por considerar que a pesar de una mejora global es un país con “graves deficiencias estratégicas” en materia de prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo (PLD/CFT).

⁹ *Lista Negra*: Paraísos fiscales (es un listado extenso de 40 pequeños territorios). Jurisdicciones sujetas a medidas de prevención: *Irán y República Democrática de Corea*. Países que no mejoran: *Cuba, Bolivia, Etiopía, Kenia, Birmania, Nigeria, Sao Tomé y Príncipe, Sri Lanka, Siria y Turquía*. Descargado el 3 de noviembre de 2011, de http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236992_1_1_1_1_1,00.html

¹⁰ *Lista Gris*: Países con deficiencias que no avanzan: *Ghana, Indonesia, Paquistán y Tanzania*. Países con mejora global pero con graves deficiencias estratégicas: *Argelia, Angola, Antigua y Barbados, Argentina, Bangladesh, Brunei, Cambodia, Ecuador, Honduras, Kirguistán, Mongolia, Marruecos, Namibia, Nepal, Nicaragua, Paraguay, Filipinas, Sudán, Tayikistán, Turkmenistán, Trinidad y Tobago, Venezuela, Vietnam, Yemen, Zimbabue, Ucrania*. Descargado el 3 de noviembre de 2011, de http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236992_1_1_1_1_1,00.html

De manera que en su último reporte mundial esta organización (GAFI-GAFISUD, 2011) estima lo siguiente sobre el nivel de cumplimiento de Nicaragua (*trad. del autor*):

En junio de 2011, Nicaragua hizo un compromiso político de alto nivel para trabajar con el GAFI y el GAFIC, para hacer frente a sus *deficiencias estratégicas* PLD/CFT. Nicaragua ha dado pasos para mejorar su régimen PLD/CFT. Sin embargo, el GAFI ha determinado que las *deficiencias estratégicas* PLD/CFT siguen. Nicaragua trabajará en la implementación de su Plan de Acción para hacer frente a estas deficiencias, entre ellas:

- 1) El establecimiento de medidas eficaces de Diligencia Debida sobre Clientes (DDC) y registro de requisitos sobre clientes, en particular, por parte de entidades no reguladas (Recomendación 5 y 10 de GAFI).
- 2) El establecimiento de Reportes de Transacciones Sospechosas (RTS) adecuados a las obligaciones de información de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo (Recomendación 13 y Recomendación Especial IV de GAFI).
- 3) La implementación de un programa adecuado de supervisión PLD/CFT para todo el sector financiero (Recomendación 23 de GAFI).
- 4) El establecimiento operativo pleno y funcionamiento efectivo de una Unidad de Inteligencia Financiera, UAF, (Recomendación 26 de GAFI) y;
- 5) El establecimiento de procedimientos adecuados para identificar y congelar los activos de los terroristas (Recomendación Especial III de GAFI).

GAFI alienta a Nicaragua a combatir sus deficiencias restantes y continuar con el proceso de implementación de su plan de acción.

Como puede notarse, las observaciones 1, 2 y 3 de GAFI realizadas a Nicaragua, dependen en gran medida del cumplimiento de la observación número 4, es decir, establecer una Unidad de Análisis Financiero (UAF) o Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), que cumpla con los estándares internacionales recomendados por esta organización para este tipo de entidades.

Aunque volveremos sobre esta cuestión, conviene adelantar que, el cumplimiento del compromiso de crear una UAF o UIF, se enfrenta en la actualidad con un marcado

desinterés de las autoridades del Estado de Nicaragua, a pesar de que -en nuestra opinión-, sería la mejor alternativa para que el país pueda seguir avanzando en sus compromisos internacionales en materia de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, y a la vez, respetar las garantías mínimas de sus ciudadanos en lo relativo a los derechos que están siendo afectados por la adopción inadecuada de ciertas medidas administrativas de inteligencia financiera, derivadas de estos compromisos como: el derecho a la privacidad, el derecho a la honra y reputación y el derecho de *habeas data*, establecidos todos en el artículo 26 de la Constitución Política de Nicaragua.

4. Los compromisos internacionales ligados a la prevención de lavado de dinero

El punto de partida para analizar los compromisos internacionales de Nicaragua en materia PLD/CFT, exige un breve recuento de los instrumentos jurídicos que nuestro país ha suscrito y ratificado en el marco de la ONU, OEA y CA, relacionados con esta materia. En orden cronológico los más relevantes son:

- 1) 1988: *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, adoptada en Viena¹¹.
- 2) 1992: *Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal*, adoptada en Nassau¹².
- 3) 1996: *Convención Interamericana contra la Corrupción*, adoptada en Caracas¹³.
- 4) 1997: *Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, adoptado en Panamá¹⁴.

¹¹ ONU. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Recuperado de internet el 4 de agosto de 2011, de http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

¹² OEA. (1992). *Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal*. Recuperado el 7 de agosto de 2011, de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>

¹³ OEA. (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción*. Recuperado el 7 de agosto de 2011, de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>

¹⁴ OEA. (1997). *Convenio centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*. Recuperado el 8 de agosto de 2011, de http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_centroame_preven_repre_deli_lava_dine_acti_rela_cio_trafi_il%C3%ADci_droga_deli_cone_1997.pdf

- 5) 1997: *Convenio Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, adoptado en Santo Domingo¹⁵.
- 6) 1999: *Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la represión del financiamiento del terrorismo*, adoptada en Nueva York¹⁶.
- 7) 2000: *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, adoptada en Palermo¹⁷.
- 8) 2002: *Convención Interamericana contra el terrorismo*, adoptada en Bridgetown¹⁸.
- 9) 2003: *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, adoptada en Mérida¹⁹.
- 10) 2003: *Acuerdo Costa Rica - Nicaragua en materia de intercambio de información financiera relacionada con el blanqueo de capitales*, firmado en San José²⁰.

4.1. La Convención de Viena (1988)

La *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena)* fue suscrita por nuestro país el día de su adopción, 20 de diciembre de 1988, y poco tiempo después fue aprobada²¹ y ratificada²². En ella nuestro país se comprometió a prevenir y castigar el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias

¹⁵ OEA. (1997). *Convenio Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*. Recuperado el 8 de agosto de 2011, de http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/traites/sp_traites-mla-cri-dom-drug-ley7919.html

¹⁶ ONU. (1999). *Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del terrorismo*. Recuperado el 9 de agosto de 2011, de <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/spanish-18-11.pdf>

¹⁷ ONU. (2004). *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Recuperado el 11 de agosto de 2011, de <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador//Publicaciones/tocebook.pdf>

¹⁸ OEA. (2002). *Convención Interamericana contra el terrorismo*. Recuperado el 11 de agosto de 2011, de http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_terro.pdf

¹⁹ UN. (2003). *United Nations Convention against Corruption*. Recuperado el 15 de agosto de 2011, de <http://www.un-documents.net/a58r4.htm>

²⁰ CEDIJ. (2010, Abril). *Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Nicaragua en materia de Intercambio de Información Financiera relacionada con el Blanqueo de Capitales*. Recuperado el 13 de septiembre de 2011, de http://www.cedij.poderjudicial.gob.ni/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=112&Itemid=95

²¹ Decreto Asamblea Nacional No. 61. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 45 de 5 de marzo de 1990.

²² No se encontró versión original del decreto de ratificación, pero se menciona en el Decreto Asamblea Nacional No. 61, con ratificación el 4 de mayo de 1990.

sicotrópicas, adoptando leyes que sancionaran la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta y posesión de drogas ilícitas o sustancias sicotrópicas, así como promover la cooperación internacional en todos los asuntos penales relacionados con dicha actividad.

Ello implicaba, el compromiso de tipificar adecuadamente como delito el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la extradición del condenado en todo tratado bilateral y la asistencia penal recíproca entre los Estados en materia de investigación, procesos y actuaciones judiciales por estos delitos.

Entre los compromisos más relevantes se incluyó el establecimiento de sanciones proporcionales con la gravedad del narcotráfico, como la prisión u otras penas privativas de libertad, sanciones pecuniarias, decomiso; así como a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del condenado.

Aunque en dicha Convención no se utilizó el término *lavado de dinero*, los Estados se comprometieron a implementar medidas dirigidas a afectar los bienes generados por tales delitos, el deber de asistencia judicial sin escudarse en el sigilo bancario, respetando la confidencialidad y no utilización en otras investigaciones o procesos distintos del solicitado, sin consentimiento del Estado asistente.

Se estableció además una serie de medidas para evitar el cultivo ilícito de plantas con estupefacientes o sustancias sicotrópicas, así como evitar que en el transporte comercial, en el tráfico por mar o en la utilización de los puertos, ocurriera la comisión de este delito.

4.2. La Convención sobre asistencia penal mutua (Nassau, 1992)

La *Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal*, adoptada en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992, fue aprobada y ratificada²³ por nuestro país, y su instrumento de ratificación debidamente depositado el 25 de noviembre de 2002. En ella los Estados se comprometieron a colaborar en investigaciones, juicios y actuaciones penales, sin conceder derechos a los particulares para obtener o excluir pruebas o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia.

²³ Decreto Asamblea Nacional No. 77-2002. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 173 del 12 de septiembre de 2002.

Esta asistencia cabe por hechos punibles con penas de uno o más años de prisión en el Estado requirente, y tiene lugar aun cuando el hecho que la origine no sea punible en el requerido, a menos que la solicitud pretenda el embargo y secuestro de bienes, inspecciones e incautaciones, registros domiciliarios y allanamientos.

El Estado requerido puede abstenerse de tramitar la solicitud por diversos motivos como: delitos ya juzgados en el Estado requirente o requerido, en casos de discriminación o represalia y delitos políticos, militares o tributarios. También por ser una solicitud originada en un tribunal de excepción, afectar su soberanía, seguridad interna, o el interés nacional.

La asistencia penal tiene lugar siempre que la solicitud se haga de conformidad con las formas y requisitos que la legislación del Estado requerido exige. De manera que se regula la forma de proceder para solicitar la asistencia, especificando el contenido de la solicitud que debe hacer el requirente y su obligatoria traducción al idioma oficial del Estado requerido, evitando la autenticación de los documentos oficiales del Estado solicitante.

La Convención permite que el Estado requerido puede postergar la tramitación de solicitud de asistencia en los casos que sea necesario continuar una investigación; puede pedir información adicional para cumplir la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar su cumplimiento y las autoridades del Estado requirente, pueden asistir a las diligencias programadas, previo conocimiento y autorización de las autoridades del requerido.

4.3. La Convención interamericana contra la corrupción (Caracas, 1996)

La *Convención Interamericana Contra la Corrupción* tuvo su origen en la Conferencia Especializada de la OEA celebrada en Caracas, entre el 27 y el 29 de marzo de 1996 y fue debidamente aprobada²⁴ y ratificada²⁵ por nuestro país. Su propósito es promover y fortalecer en los Estados parte, los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como lograr la cooperación en esta materia.

²⁴ Decreto Asamblea Nacional No. 2083. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 227 de 25 de noviembre de 1998.

²⁵ Decreto Ejecutivo No. 22-99. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 47 de 9 de marzo de 1999.

También pretende promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción cometidos en el ejercicio de las funciones públicas, así como aquellos vinculados con dicho ejercicio.

Esta Convención describe los actos de corrupción en el ejercicio de la función pública y define algunos términos como: soborno transnacional y enriquecimiento ilícito, obligando a los Estados a prohibirlos y sancionarlos como delito en su legislación interna. Asimismo, los delitos regulados por esta Convención, se consideran incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados partes de la misma.

Es de destacar que la Convención compromete a los Estados partes a brindarse la más amplia asistencia y cooperación en la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en ella.

Un aspecto importante relacionado con el objeto de nuestra investigación, es que los Estados no pueden escudarse en la figura del secreto bancario para negarse a tramitar una asistencia penal solicitada por otro Estado, a menos que dicha asistencia no sea conforme con el derecho interno del requerido, o con disposiciones de procedimientos o acuerdos bilaterales o multilaterales que vinculen al Estado parte requirente.

Finalmente, cabe señalar que la Convención reconoce el principio de irretroactividad de la ley penal, pero también prevé que, el hecho de que un presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a su entrada en vigor, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes.

4.4. El Convenio para reprimir la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999)

El *Convenio Internacional para Reprimir la Financiación del Terrorismo*, aprobado por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1999 es, junto con varias resoluciones del Consejo de Seguridad, el orden global para combatir la financiación del terrorismo por parte de la comunidad internacional. Fue debidamente aprobado²⁶ y ratificado²⁷ por Nicaragua.

²⁶ Decreto Asamblea Nacional No. 3287. La Gaceta, Diario Oficial No. 92 del 20 de mayo de 2002.

Este Convenio promueve la cooperación internacional entre los Estados partes, la adopción de medidas eficaces y prácticas para prevenir cualquier forma de financiación del terrorismo, así como reprimir tal delito mediante el enjuiciamiento y castigo de sus autores.

Los compromisos internacionales más destacados de este Convenio se resumen en los siguientes aspectos: a) armonizar las formas en las que se materializa el delito de financiación al terrorismo; b) legislar, castigar y sancionar el terrorismo; c) identificar, detectar, asegurar o incautar fondos del terrorismo; d) cooperar cuando el presunto culpable se encuentren en nuestro territorio; e) casos en que procede la extradición de terroristas; f) medidas que prohíban las actividades ilegales de terroristas; g) medidas para identificar a los clientes de las instituciones financieras y de ciertas profesiones; y, h) reporte de operaciones sospechosas por parte de instituciones financieras y de ciertas profesiones.

En correspondencia con este Convenio, el 30 de octubre de 2001, el GAFI elaboró las llamadas “*Nueve Recomendaciones Especiales sobre Financiación del Terrorismo*”, por medio de las cuales esta organización promueve que todos los Estados consideren un cumplimiento efectivo de sus compromisos en los siguientes puntos: 1) Ratificación y ejecución de los instrumentos; 2) tipificación del financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero asociado; 3) congelamiento y decomiso de los activos de terroristas; 4) implementar los reportes de transacciones sospechosas relacionadas con el terrorismo; 5) cooperación internacional en la materia; 6) regulación de los sistemas alternativos de envío de fondos; 7) el control y monitoreo de las transferencias electrónicas; 8) proteger a las organizaciones sin fines de lucro; y, 9) adoptar medidas para detectar el transporte de efectivo.

4.5. La Convención de Palermo (2000)

La *Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (conocida también como *Convención de Palermo*), adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 2000, fue debidamente aprobada²⁸ y ratificada²⁹ por Nicaragua. Promueve la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, destacando los crecientes vínculos entre las actividades delictivas organizadas:

²⁷ Decreto Ejecutivo No. 79-2002. La Gaceta, Diario Oficial No. 172 del 11 de septiembre del 2002.

²⁸ Decreto Asamblea Nacional No. 3246. La Gaceta, Diario Oficial No. 38 del 25 de febrero de 2002.

²⁹ Decreto Ejecutivo No. 62-2002. La Gaceta, Diario Oficial No. 121 del 28 de junio de 2002.

narcotráfico, lavado, corrupción, tráfico ilícito de flora y fauna, delitos contra el patrimonio cultural, delincuencia organizada transnacional y terrorismo.

Dicho instrumento armoniza ciertos conceptos sobre la materia, de manera que se facilite la adopción de un lenguaje internacional para combatir la delincuencia organizada y el terrorismo (grupo delictivo organizado, delito grave, grupo estructurado, bienes, producto del delito, embargo preventivo, decomiso, delito determinante, entrega vigilada).

En dicha Convención los Estados se comprometieron a adoptar medidas legislativas y administrativas necesarias para tipificar y combatir el blanqueo de capitales, estableciendo como delitos determinantes los delitos graves, que deberían ser penalizados con privación de libertad de al menos cuatro años o con una pena más grave; así como el delito de pertenencia a grupo delictivo organizado, delito de corrupción y de obstrucción a la justicia.

Se disponen medidas para combatir el blanqueo de capitales haciendo especial énfasis en medidas que requieren la colaboración de sectores profesionales de la actividad empresarial y financiera, como la identificación del cliente, el establecimiento de registros, la denuncia de transacciones sospechosas y la supervisión de bancos e instituciones financieras no bancarias, así como de órganos que sean susceptibles del blanqueo de capitales, cooperando en el intercambio de información a nivel nacional e internacional.

Igualmente se asume el compromiso de que las autoridades nacionales respectivas no pueden invocar el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca, ni para la cooperación con fines de decomiso o incautación de los fondos. Especialmente importante es que se asumió el compromiso de crear una dependencia de inteligencia financiera que sirviera como “*centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero*”³⁰.

La Convención unifica definiciones y prevé tipos penales en común para prevenir, combatir y sancionar la delincuencia organizada transnacional. De manera que comprende tanto la prevención como el castigo por actos de corrupción, en el sector público y privado. También reconoce los vínculos entre la corrupción, la delincuencia organizada y el uso o aprovechamiento indebido de personas jurídicas para la comisión de delitos.

³⁰ Art. 7.1.b de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

4.6. La Convención de Mérida (2003)

La *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* suscrita en Mérida, Yucatán, el 10 de diciembre de 2003, fue debidamente aprobada³¹ y ratificada³² por Nicaragua. Pretende unir esfuerzos para combatir la corrupción como un fenómeno transnacional que afecta tanto las economías, como la estabilidad política y el desarrollo sostenible de los países.

En esta Convención los Estados suscriptores asumen el compromiso de promover y facilitar medidas para prevenir y combatir la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción; y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de bienes y asuntos públicos.

Se armonizan términos básicos ligados a la lucha contra la corrupción y las medidas preventivas: políticas públicas y prácticas estatales, órganos de prevención, medidas para el sector público, códigos de conducta, contratación pública, transparencia e información pública, medidas relacionadas con los órganos penales, la prevención de la corrupción en el sector privado, participación de la sociedad civil y en materia de prevención de blanqueo de dinero.

Para este fin los Estados asumen también el compromiso de crear una “*dependencia de inteligencia financiera*” que sirva como “*centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo,*” que tenga a su cargo “*recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas*”³³.

Se tipifican los delitos de corrupción: soborno de funcionarios públicos, soborno en el sector privado, malversación o peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones públicas, enriquecimiento ilícito, blanqueo de dinero, así como las formas de participación en estos delitos, el encubrimiento y la responsabilidad de las personas jurídicas.

³¹ Decreto Asamblea Nacional No. 4374. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 214 de 4 de noviembre de 2005.

³² Decreto Ejecutivo No. 102-2005. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 245 del 20 de diciembre de 2005.

³³ Art. 14.1.b *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003.

Contempla medidas de protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes, y compromete a los Estados a adoptar mecanismos que eviten cualquier obstáculo en materia penal y de cooperación que pueda surgir como consecuencia del sigilo bancario.

Prevé la asistencia judicial recíproca en casos de corrupción, extradición y medidas para que las instituciones financieras verifiquen la identidad de sus clientes, los beneficiarios finales de los fondos, el control de las operaciones financieras de funcionarios públicos, sus familias y estrechos colaboradores, con mantenimiento de los registros durante un período.

Finalmente, establece las regulaciones para decomisar y recuperar los bienes distraídos mediante la cooperación internacional y establece la forma de proceder para asegurar la restitución de los bienes producto del delito que hayan sido decomisados.

4.7. Otros convenios y acuerdos regionales o bilaterales

Adicionalmente a los instrumentos de la OEA y la ONU anteriormente expuestos, que constituyen la columna vertebral de los compromisos en materia de prevención de lavado de dinero, Nicaragua también ha suscrito y ratificado otros instrumentos jurídicos regionales en materia de prevención y represión del lavado de dinero y activos, que son:

- 1) *Acta de Entendimiento del Grupo de Acción Financiera del Caribe*, (GAFIC, 1996), suscrita por veintiún (21) países de la región durante Reunión Ministerial celebrada en Octubre de 1996, en San José, Costa Rica.³⁴
- 2) *Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos* (Panamá, 1997).
- 3) *Convenio entre Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos* (República Dominicana, 1997).
- 4) *Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Nicaragua en materia de intercambio de información financiera relacionada con el blanqueo de capitales* (San José, Costa Rica, 2003).

El objeto de este trabajo de investigación no es analizar todos estos instrumentos, pero dejamos constancia de que recogen compromisos internacionales que han tenido un

³⁴ El “*Acta de Entendimiento del Grupo de Acción Financiera del Caribe*”, GAFIC, suscrita por veintiún (21) países durante la Reunión Ministerial celebrada en Octubre de 1996, en San José Costa Rica, durante la cual se incorporaron Belice, Guatemala y Nicaragua como nuevos Miembros. El documento original suscrito en dicha reunión está disponible en la web (ver referencias).

efecto significativo sobre el marco jurídico de nuestro país, especialmente en lo relativo a las medidas legislativas y administrativas adoptadas para la prevención del lavado de dinero y del financiamiento al terrorismo.

En definitiva, el núcleo de nuestra investigación es analizar de forma crítica, en qué medida o de qué manera, la aplicación de estas medidas administrativas por parte de las autoridades gubernamentales, se realiza respetando la observancia de tutela a la privacidad, la honra y el *habeas data*, como derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que también es un imperativo constitucional e internacional para nuestro país.

5. Constitución, mercado financiero y derechos fundamentales

La Constitución Política de Nicaragua establece los principios fundamentales y los derechos y garantías que debe cumplir y respetar el Estado en favor de sus ciudadanos, complementándose con normas de inferior rango (leyes, reglamentos, decretos), a fin de establecer un orden social democrático que garantice la libertad y la seguridad jurídica de todos sus habitantes.

En su art. 99 la Constitución establece que el Estado es “responsable de promover el desarrollo integral del país y el bien común”; le corresponde garantizar la “libertad de empresa” y el “establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales que deben regirse de conformidad con las leyes de la materia”.

A partir de estas disposiciones constitucionales, resulta evidente que el Estado tiene la responsabilidad de establecer un régimen normativo adecuado para el correcto funcionamiento de las entidades financieras, ya sea de aquellas que legalmente están sometidas a un régimen de control y supervisión por parte de la Superintendencia de Bancos, como de aquellas empresas de carácter financiero que, sin estar sometidas a dicho régimen, realizan actividades de igual o similar naturaleza económica: microfinancieras, cooperativas de ahorro y crédito, casas de remesas, casas de cambio, entre otras.

Adicionalmente, resulta evidente también que al Estado le corresponde garantizar la existencia y correcto funcionamiento del sistema de pagos del país, íntimamente ligado al buen funcionamiento del sistema financiero, siendo que ambas vertientes normativas constituyen un aspecto esencial del “orden público económico”, a pesar de lo imprecisa que

pueda ser esta categoría, que sin duda, constituye un desafío permanente para la doctrina y la jurisprudencia.

Ya desde el XIX Savigny (1977) advertía que el estudio del “orden público” resultaba ser uno de los más difíciles, sino el más, dentro de todas las construcciones teóricas del Derecho. Y más recientemente Jayme (1991), intentando ofrecer un método adecuado para concretarlo a partir de distintas consideraciones del Tribunal Federal Alemán, señalaba que *el “orden público” constituye el tema más angustiante de la teoría general del derecho internacional privado*, aunque reconocía que en términos generales estaría constituido por el conjunto de los principios esenciales de cada sistema jurídico.

En todo caso, lo que nos interesa rescatar aquí, es que el propio orden constitucional faculta al Estado y sus diferentes órganos o dependencias, para implementar todos aquellos compromisos internacionales en materia de lavado de dinero, incluso adoptando una serie de medidas dirigidas a prevenirlo y combatirlo, en tanto tiene la potestad para poderlo hacer y, adicionalmente, se trata de un fenómeno delictivo que afecta la paz social, la seguridad ciudadana y el funcionamiento de orden financiero, la economía nacional, y lo que es igual de grave, la credibilidad y la calificación financiera internacional de Nicaragua.

Por lo tanto, no estamos aquí poniendo en cuestionamiento la facultad del Estado de normar, regular y prevenir el lavado de dinero o activos, sino al contrario. Es manifiesto que puede hacerlo, no sólo para cumplir fielmente con los compromisos internacionales adoptados como nación soberana y que ya hemos referido antes, sino además, porque es su deber constitucional hacerlo, a fin de conservar la sanidad y el adecuado funcionamiento del sistema financiero y de pagos del país, preservándolo del uso ilícito del crimen organizado.

La cuestión aquí es que, aun cuando las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero que se derivan de los compromisos internacionales del Estado de Nicaragua tienen un basamento constitucional, también están legítimamente limitadas frente a su deber de tutelar y proteger los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, ya que la propia Constitución somete su actuación a la exigencia de legalidad y respeto por la dignidad humana, cuando se trata de incursionar en la esfera privada de las personas.

En este sentido, las disposiciones previstas en el art. 26 de la Constitución Política³⁵, contemplan expresamente tres derechos fundamentales: derecho a la privacidad, derecho a la honra y reputación y *habeas data*, tienen una especial importancia para conducir y orientar la actuación de las autoridades públicas en la regulación y puesta en práctica de las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero, y por tanto deben ser útiles para valorar, por ejemplo, si la gestión y custodia de una información tan sensible de los ciudadanos, nos indica que estamos en presencia de una correcta actuación de los poderes públicos y de la administración central del Estado, en la ejecución práctica de sus compromisos internacionales en esta materia.

5.1. Derecho a la privacidad

La concepción actual de la privacidad o intimidad del ser humano y su núcleo familiar, es el resultado de un largo proceso de evolución que desde el prisma doctrinal, tiene punto de partida en la distinción entre lo público y lo privado. Es una categoría que engloba varios derechos específicos, cada uno de los cuales merece su propio estudio, y que ha sido objeto de análisis por una significativa diversidad de autores de las más variadas disciplinas.

Desde una perspectiva jurídica, siguiendo la tesis de Ruiz (1995), todo indica que fue la inviolabilidad del domicilio (*tranquilitas doméstica*), el derecho que tuvo mayor desarrollo a lo largo de la época medieval europea, concretado en una diversidad de normas reales que, al proteger este derecho específico, contribuyeron lentamente a configurar la necesidad del respeto a un espacio de intimidad o privacidad del individuo.

Sin embargo, no fue sino con el desarrollo del liberalismo ideológico, que algunos autores, como Locke (1990) defendieron lo que él llamaba la “*libertad negativa*”; es decir, un cierto ámbito mínimo de libertad que no podía ser violado bajo ningún concepto, de manera que su tesis finalmente enlazaba con la libertad personal y la vida privada.

³⁵ Estos derechos también se recogen y contemplan en los tratados internacionales constitucionalizados en el artículo 46 de la Constitución Política que son: 1) Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y, 5) Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

No obstante, y a pesar de la significativa evolución de la noción de la libertad personal con el liberalismo, vale advertir que ni en la Declaración de Independencia de 1776, ni en la Declaración francesa de 1789, es posible encontrar una proclama específica relacionada con cualquiera de las manifestaciones más usuales del derecho a la intimidad: inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones o libertad de religión, sino hasta en documentos muy posteriores a aquellos estallidos revolucionarios (Ruiz, 1992).

Serán pues los trabajos de Warren y Brandeis (1890), los que al recapitular y unificar en una categoría superior, un conjunto de derechos dispersos y de contenidos diversos que antes se intentaba proteger de manera separada, dieron forma al “*derecho a la privacidad*” como una *categoría única*.

Esta concepción armónica y unificada, continuaría evolucionando como “derecho a la vida privada” o “derecho a la privacidad”, hasta quedar así consagrado en los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y en muchas de las Constituciones del siglo pasado.

En el caso de nuestro país, en el texto original de la Constitución Política de 1987 se dejaron establecidos en los tres primeros incisos del art. 26, las tres manifestaciones más usuales y relevantes del “derecho a la privacidad” (*derecho a la vida privada, inviolabilidad del domicilio, respeto a la honra y reputación*) y, en el inciso cuarto que fue incorporado años más tarde con la Reforma introducida por la Ley No. 192 (1995)³⁶, se agregó el derecho de *habeas data*, de manera que en la actualidad el artículo establece la siguiente disposición:

Art. 26. [Protección y respeto a la vida privada]

Toda persona tiene derecho:

- 1) *A su vida privada y a la de su familia.*
- 2) *A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.*
- 3) *Al respeto de su honra y reputación.*
- 4) *A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.*

El domicilio sólo puede ser allanado por orden escrita de juez competente, excepto:

³⁶ Ley No. 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 124 del 4 de julio de 1995.

- a) *Si los que habitaren en una casa manifestaren que allí se está cometiendo un delito o de ella se pidiera auxilio;*
- b) *si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o de la propiedad;*
- c) *cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas en una morada, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito;*
- d) *en caso de persecución actual e inmediata de un delincuente;*
- e) *para rescatar a la persona que sufra secuestro.*

En todos los casos se procederá de acuerdo a la ley.

La ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos, cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia o por motivos fiscales.

Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.

Como puede apreciarse, en un único artículo se engloban un conjunto de derechos individuales que la propia carta magna establece bajo la denominación de “protección y respeto a la vida privada”, y que serían los siguientes: Respeto a la vida privada, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de las comunicaciones, respeto a la honra y reputación, y derecho de *habeas data*.

Adicionalmente, se prevé el requisito de una reserva de ley para regular el allanamiento de domicilio y para establecer la regulación del derecho a la privacidad; y, finalmente se niega todo efecto jurídico a la prueba ilícita; configurando así un complejo sistema de derechos individuales y de límites al poder público, que contribuyen a ordenar las bases de un régimen de libertades, que se completa con otros derechos individuales y colectivos.

En su reciente estudio sobre la perspectiva internacional y los mecanismos internos de protección de los derechos humanos, Múa (2011) realiza un inventario de los instrumentos internacionales que protegen el *derecho a la vida privada* (privacidad o intimidad), y que fue recogido con una formulación bastante parecida en dos de los instrumentos claves del sistema de protección de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos

Humanos de 1948 (art. 12), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17).³⁷ Veamos brevemente el contenido de cada una de éstas disposiciones:

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

Artículo 12.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En este segundo instrumento, Múa (2011) advierte con todo acierto, una mayor profundidad que en el primero, al incorporar en su redacción no sólo la proscripción de la injerencia “arbitraria” sino además de la injerencia “ilegal”, disposición que sienta así las bases del “principio de legalidad” para que el Estado pueda afectar la privacidad de las personas. De manera que en 1966 se da un paso adicional: se tutela el derecho del individuo de sufrir “injerencias arbitrarias”, pero además se proscriben las “injerencias ilegales” a la privacidad y los “ataques ilegales” a la honra y reputación de una persona.

Por otra parte, el derecho a la privacidad, también es recogido en el sistema americano de protección de derechos humanos, que también es pionero en la protección del mismo. Así se establece en los artículos V, IX y X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; y, en el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH), que lo sintetiza bajo la rúbrica de “protección de la honra y la dignidad”. Veamos lo que dice éste último instrumento:

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

³⁷ El derecho a la privacidad también es reconocido en el art. 16 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, pero este instrumento no es objeto de estudio en este trabajo, pero hacemos la advertencia.

2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Aunque en la CADH se utiliza la terminología genérica de “honra y dignidad”, para la doctrina esta es la base y fundamento único de un conjunto de derechos, tal como señala Gros (2003 p.198), “la dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que ésta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales” y, “la negación o el desconocimiento de uno, de algunos o de todos estos derechos significa la negación y el desconocimiento de la dignidad humana en su ineludible e integral generalidad.”

A pesar de esta generalidad, el numeral dos del artículo 11, se concentra en especificar el respeto a “la vida privada”, y como señala Múa (2011, p. 363), honra, dignidad y privacidad constituyen un grupo de derechos que, en la configuración de los instrumentos internacionales, “revisten una cierta complejidad tomando en consideración la diversidad de los derechos que lo componen, así como al tratamiento diverso que a estos brindan tanto los sistemas internacionales de protección como la legislación nacional.” Agregando, que se debe tomar en cuenta que cada uno de los derechos tiene contenidos y procedimientos independientes dentro de las legislaciones nacionales, con lo cual, cada uno de ellos adquiere vida propia.

Por otra parte, es necesario considerar las opiniones vertidas en nuestro entorno jurisprudencial, pues recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2009), en su Sentencia de 27 de enero de 2009 (*Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*)³⁸ señaló sobre el *derecho a la privacidad* lo siguiente:

55. *El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus*

³⁸ CIDH. (2009). *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia del 27 de enero de 2009, la Corte Interamericana condenó a Panamá por la violación de los derechos a la vida privada y al honor y reputación del señor Santander Tristán Donoso, por la divulgación del contenido de una conversación telefónica por parte del ex Procurador General de ese país. También encontró responsable al estado por la violación de la libertad de expresión del señor Tristán Donoso por haber sido condenado penalmente en virtud de sus dichos relativos al ex Procurador, en una conferencia de prensa. Recuperado el 1 de noviembre de 2011, de <http://www.adc-sidh.org/usentencias-detalle.php?idsec=6&idsub=381>

familias, sus domicilios o sus correspondencias. La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.

En dicha sentencia, la Corte también señala algunas condiciones o requisitos mínimos para que los Estados puedan disponer restricciones o realizar injerencias en la vida privada, como que ésta no puede ser abusiva ni arbitraria, debe haber sido dispuesta por una ley, tener un fin legítimo, y ser idónea, necesaria y proporcional para dichos fines:

56. El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

De acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución, como por la jurisprudencia del más alto Tribunal continental en la materia, se puede concluir con Múa (2011), que se trata de un derecho de una doble dimensión.

Por un lado la personal, que faculta a toda persona a excluir a los demás de los ámbitos de su vida privada. Ámbitos personalísimos y facultativos en los que le asiste el derecho a la protección estatal contra cualquier injerencia arbitraria, abusiva o ilegal, que lesione su vida íntima, privada o familiar. Y en segundo, una dimensión colectiva, puesto que como cualquier derecho no puede ser absoluto, lo que exige una regulación de los casos y las formas por las que el Estado, en representación de la colectividad, puede estar facultado para invadir, legítima y legalmente, ciertos ámbitos de privacidad que están protegidos. Es decir, ello requiere una “*identificación de las excepciones a la inviolabilidad del derecho a la privacidad como potestad del poder público.*”

De manera que el derecho a la privacidad implica, que cada ciudadano debe poder disfrutar y reclamar para sí un espacio de vida y actividad privada que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias, ilegítimas o ilegales por parte del Estado ni de ningún otro particular, y este derecho alcanza a sus actividades personales y las de su familia, la

inviolabilidad de su domicilio y de todas sus comunicaciones; de manera que la información obtenida violando este derecho, no puede tener consecuencias perjudiciales para la persona a quien se le ha lesionado el derecho a la privacidad, sino para quien lo violentó.

Siendo consecuentes con esta línea argumentativa, podemos concluir afirmando que la adopción de medidas administrativas de prevención de lavado de dinero por parte del Estado de Nicaragua, exige como *imperativo*, una dosis suficiente de *legalidad* y *legitimidad*, no sólo por respeto a la privacidad y la dignidad de toda persona; sino además, tomando en cuenta que, por disposición constitucional, los casos y procedimientos en los que cabe el examen de cualquier documento privado, están sometidos a una reserva de ley; y además, de acuerdo con el propio art. 26 Cn. ya referido, esta lesión legal del derecho a la privacidad, sólo cabe si es “*indispensable*” para “*esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales o por motivos fiscales*”.

Debe tomarse en cuenta que la mayoría de las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero promovidas por las organizaciones internacionales en materia de análisis o inteligencia financiera (GAFI y Grupo Egmont), y que en la actualidad realiza el Estado, implican el acopio y manipulación de una gran cantidad de información sobre las transacciones económicas y financieras de los particulares, que se realiza de manera generalizada, y mucho antes de que ninguna autoridad haya decidido iniciar ningún procedimiento ante algún tribunal, lo cual es lógico y comprensible, pues se entiende que el propósito deseado es evitar un riesgo de filtración, fuga, destrucción de pruebas, nuevo ocultamiento de capitales ilícitos, etc.

Pero justamente por estos propósitos, y porque para lograrlos es necesario disponer de un límite a la privacidad sobre transacciones económicas y financieras, lo aconsejable es que todas las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero o de activos que realizan las entidades financieras y cualquier institución pública, se fundamenten en una Ley que regule los límites del derecho a la privacidad de los particulares en materia financiera; en vez de lo que sucede en la actualidad, que tratan de encontrar fundamento en normas penales que sólo deben responder al principio de *ultima ratio*, o en normas reglamentarias del Poder Ejecutivo, o en resoluciones administrativas del Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos, cuando no tienen, ni uno ni otro, la facultad de legislar en materia de derechos fundamentales.

Debe tomarse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH, 1986), en su Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, referida a esclarecer la expresión “leyes” que se refiere en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dijo lo siguiente:

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad. Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.

De esta manera se respetaría, no sólo el art. 26 de la Constitución, sino además los compromisos en materia de derechos humanos suscritos en el marco de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos; y además se estaría cumpliendo el requisito de reserva de ley establecido en la Constitución, en lo que respecta regular los casos en los que cabe la indagación o el examen de los documentos privados por parte de los poderes públicos, o de cualquier otra entidad que tenga delegada autoridad para hacerlo; pero delimitando claramente las afectaciones o limitaciones del derecho a la privacidad económica financiera, justificando y precisando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las distintas medidas.

Tómese en cuenta que el mismo artículo 26 establece que “*las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.*” Y adicionalmente, como expresión del principio de “licitud de la prueba”, en el Código Procesal Penal de 2001 se estableció que ésta solo tiene valor “si ha sido obtenida por un medio lícito e incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.” En consecuencia, “*ninguno de los actos que hayan tenido lugar con ocasión del ejercicio del principio de*

oportunidad entre el Ministerio Público y las partes, incluyendo el reconocimiento de culpabilidad, será admisible como prueba durante el Juicio si no se obtiene acuerdo o es rechazado por el juez competente.”³⁹

En definitiva, parece evidente que si el Estado de Nicaragua realmente quisiera echar a andar un modelo o un sistema adecuado de prevención de lavado de dinero, que por un lado cumpla con los compromisos y estándares internacionales en esta materia, y que por otro, también respete sus compromisos internacionales sobre derechos humanos y el derecho a la privacidad en su sentido amplio, necesita replantearse una estrategia regulatoria constitucional y adecuada de esta materia, puesto que como veremos adelante, la actual es insatisfactoria.

Finalmente, es necesario dejar anotado que, como consecuencia de la tutela y garantía del derecho a la privacidad, el Código Penal de 2008 reserva el título tercero a regular los llamados “delitos contra la vida privada y la inviolabilidad del domicilio”, donde se sancionan las siguientes conductas: a) apertura o interceptación ilegal de comunicaciones; b) sustracción, desvío o destrucción de comunicaciones; c) captación indebida de comunicaciones ajenas; d) publicación de documentos o grabaciones privadas sin autorización; e) violación del secreto profesional; f) disposición no autorizada de bases de datos o registros informáticos; g) acceso y uso no autorizado a bases de datos o archivos electrónicos; h) violación de domicilio; e, i) allanamiento ilegal de un domicilio.⁴⁰

En igual sentido, dejamos anotado que, en correspondencia con el respeto a la vida privada, el Código Procesal Penal de 2001 establece como una excepción, los casos en que a petición del Ministerio Público o la Policía Nacional, los jueces pueden autorizar de manera motivada la adopción de cierto tipo de medidas judiciales de carácter investigativo, como la “intervención telefónica” (art. 213) o la “interceptación de comunicaciones” (art. 214), que por supuesto es posible adoptar en la investigación de delitos graves como: terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico de órganos, tráfico de personas con fines sexuales, tráfico de drogas, lavado de dinero y tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos.

Igualmente, cabe señalar que como excepción, por solicitud del Fiscal General o del Director de la Policía Nacional, una vez dentro del proceso penal y cuando la información

³⁹ Artículo 16 del Código Procesal Penal de Nicaragua de 2001 (CPP).

⁴⁰ Arts. 192 al 201 del Código Penal de 2008 (CP).

sea necesaria para fines de una investigación específica, el juez puede requerir a las autoridades financieras competentes o a cualquier institución financiera, pública o privada, la entrega de la información acerca de transacciones financieras del procesado que estén en su poder (art. 211), aspecto que en la actualidad, se ha flexibilizado en lo que se refiere a los requisitos necesarios para obtenerla, al promulgarse la ley contra el crimen organizado, de manera que la posibilidad de adoptar esta medida se ha extendido a la fase investigativa pre judicial (art. 34)⁴¹.

De todo ello, resulta recomendable que las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero que afecten el derecho a la privacidad de las personas, se originen en una norma legal con rango de Ley y no en una normativa administrativa, de ninguna autoridad por más especializada que sea su competencia.

Es una norma con rango de Ley la que debería fijar de manera precisa, cuáles son los límites del derecho a la privacidad en materia financiera, cuáles son los límites del deber de sigilo bancario, cuáles son los deberes y los derechos de los ciudadanos en materia financiera, cuáles son los derechos y los deberes de las entidades financieras o de cualquier otra entidad que recaba información financiera de los particulares; a quién y cómo deben entregar dicha información; cuáles son los límites y los deberes de actuación y de custodia de estas entidades obligadas y de la autoridad destinataria de la misma; y, en definitiva, cuáles son los límites o restricciones del derecho a la privacidad en materia de transacciones financieras que el Estado considera necesario para prevenir y perseguir operaciones de lavado de dinero.

Es obvio que en nuestro país hay personas que, abusando del derecho a la libertad personal y a la privacidad, están delinquirando realizando operaciones de lavado de dinero o transacciones con activos de procedencia ilícita, pero las medidas administrativas que el Estado realice para prevenir o perseguir estos delitos, no pueden ser ilegítimas, ilegales, abusivas o arbitrarias; y esto sólo es posible lograrlo si se regula el derecho a la privacidad en materia financiera, los límites del secreto bancario y el manejo de la información financiera

⁴¹ Ley No. 735, “Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados”, aprobada por la A.N. el 9 de septiembre de 2010, publicada en Las Gacetas N° 199 y 200, de 19 y 20 de octubre del 2010.

de los particulares por parte de las autoridades, en una ley que explicita para los ciudadanos su finalidad, legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

5.2. Derecho a la honra y reputación

Como ya dijimos antes, el art. 26 de nuestra Constitución también consagra que toda persona tiene derecho a que se respete “su honra y su reputación”. Este derecho también forma parte integrante del conjunto de manifestaciones o derechos derivados del respeto a la vida privada y la dignidad de la persona. En otros países se le denomina como “derecho al honor” (*cfr.* art. 18.1 de la Constitución española de 1978).

El derecho a la “honra y reputación” fue consagrado en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez, como un derecho fundamental, en el texto original de la Constitución 1987. Debe tomarse en cuenta que ni la Carta Magna de 1974, ni las anteriores, hacían referencia a este derecho, aunque si era objeto de una importante configuración en el ámbito del derecho privado, como parte de los derechos de la personalidad; considerándose en consecuencia, que debía ser protegido sólo de los ataques ilegítimos de otros particulares, por medio de ciertas normas de tipo penal (injuria, calumnia)⁴².

Sin embargo, la elevación a rango constitucional del derecho a la “honra y reputación”, nos sugiere que una interpretación iusprivatística o de meros límites penales, sería claramente insuficiente para valorar los efectos y las consecuencias de esta disposición. Es conocido y muy aceptado, tanto en la doctrina más autorizada como en la jurisprudencia, el doble carácter de los derechos fundamentales, en tanto que se tratan tanto de derechos subjetivos, como de valores objetivos de un orden constitucional⁴³.

⁴² Artículo 169.- El que por cualquier medio haga a otro la imputación falsa de un hecho personal concreto que en la ley esté penado como delito y que pueda perseguirse de oficio, comete el delito de calumnia. (Código Penal de 1974) Decreto No. 297 de 1 de Abril de 1974, Publicado en La Gaceta No. 96 de 3 de Mayo de 1974.

⁴³ Como referencia, puede aportarse la STC 25/1981, Pleno, de 14.7.1981 (MP: Antonio Truyol Serra; BOE nº 193, de 13.8.1981), en la que el Tribunal Supremo español señala que los derechos fundamentales son “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.

Ahora bien, si consideramos que ni la Constitución ni ninguna otra Ley nacional nos ofrecen un concepto de lo que hemos de entender por “honra y reputación”, aquí nos parece adecuado seguir la interpretación del Tribunal Constitucional español, que lo ha calificado como un “concepto jurídico indeterminado,” incluso predicable, no sólo de las personas naturales, sino incluso de las personas jurídicas⁴⁴.

Como señala Vidal Marín (2007, p.6) es pues, sobre todo tarea de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia delimitar el concepto de honor, a pesar de lo difícil de acometer esta tarea habida cuenta de la relatividad y circunstancialidad del mismo, puesto que es un concepto “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”⁴⁵. En cualquier caso, y a los efectos que ahora interesan, la doctrina ha solido distinguir entre un concepto objetivo y un concepto subjetivo de honor.

Siguiendo a Musco (1974, p. 4), debemos entender que “en su sentido subjetivo, el honor sería el resultado de la valoración que cada persona hace de sus propias cualidades, en tanto que en sentido objetivo el honor sería el resultado de la valoración que los demás hacen de nuestras cualidades, es decir, sería el aprecio o la estima que una persona recibe en la sociedad en la que vive.”

De manera que en su vertiente objetiva, esto implica que el Estado en su actuación administrativa, justamente por el respeto a la intimidad y dignidad de la persona humana, no puede ni debe poner en riesgo su reputación, mucho menos ser sometida a una intromisión que pueda considerarse abusiva o ilegítima para su privacidad, que pueda poner en entredicho su honra o su reputación; ni por un particular, ni por el propio Estado, dado que su fuente de legitimación está basada, precisamente, en el principio de legalidad establecido

⁴⁴ La STC 139/1995, reiterada posteriormente por la STC 183/9524, señala que se trata de un “concepto jurídico indeterminado”, y que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”. En estas sentencias del Tribunal Constitucional se expone una doctrina que se resumiría de la siguiente manera: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

⁴⁵ STC 185/1989, Sala 2ª, de 13.11.1989 (MP: Álvaro Rodríguez Berijo; BOE n 290º, de 4.12.1989).

en los artículos 130 y 183 de la Constitución, que exige una habilitación expresa para que las instituciones y autoridades del Estado puedan considerar que tienen delegado el poder para hacerlo, es decir, una competencias pública concreta, no abstracta.

En consecuencia con el derecho a la privacidad y al derecho a la honra o reputación, el propio artículo 213 *in fine* del Código Procesal Penal de 2001, autoriza la posibilidad de adoptar ciertas medidas excepcionales como la “intervención telefónica” para la investigación de delitos muy graves, medidas que exige señalar de forma expresa la fecha en que cesará la misma y no podrá durar más de treinta días; en el mismo precepto se señala que *“salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán ser destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.”*

De igual manera, cabe señalar que justamente a los efectos de asegurar el derecho de las personas a no ser objeto de ataques abusivos o ilegítimos a su honra o reputación personal por parte de un particular, se establece como delito la “injuria” (*cfr.* art. 203 Código Penal de 2008), mismo que cabe en los casos en que mediante expresión o acción se lesiona *“la dignidad de otra persona, menoscabando su fama, imagen, reputación, honor o atentando contra su propia estima”*.

Como podrá comprobarse, el respeto a la dignidad, honra o reputación de una persona es por tanto una observancia constitucional que recae no sólo sobre los particulares, sino también sobre las propias entidades públicas y funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, cabe recordar que en su Sentencia de 27 de enero de 2009 (*Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señaló sobre el derecho a la honra lo siguiente:

57. Por último, el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, *el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.*

De todo ello podemos concluir que, la puesta en práctica de un sistema o programa de prevención de lavado de dinero, que implique la adopción de medidas administrativas por parte del Estado, no puede significar poner en riesgo la lesión del art. 26 de la Constitución en lo referido a la honra y reputación de una persona, de donde lo correcto es que el Estado determine con mayor precisión y claridad, cuáles son los deberes de custodia, manipulación y uso que dará a la información sobre las transacciones financieras de los particulares que obren en su poder como consecuencia de tales medidas.

5.3. Garantía de *habeas data*

La garantía de *habeas data* es recogida en nuestra Constitución Política en el art. 26 ya referido, como el derecho de la persona de “*conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información*”, sin hacer ninguna distinción sobre la naturaleza de dicha información.

En opinión de Muñoz de Alba (2006), este derecho se define como un “recurso procesal diseñado para controlar la información personal contenida en bancos de datos, cuyo derecho implica la corrección, la cancelación, y la posibilidad de restringir y limitar la circulación de los mismos. Adoptado este concepto por diversos países latinoamericanos, simulando el recurso de *habeas corpus* que protege la libertad, el *habeas data* protege la información nominativa, es decir, aquella que identifica al individuo.”

Vale advertir que la única definición general que existe en nuestro país sobre el derecho de *habeas data*, es el contenido en el artículo 4.b de la Ley No. 621, Ley de acceso a la información pública,⁴⁶ en la que se explicita que protege la información sensible de una persona y se reconoce como datos sensibles aquella relacionada con su “vida íntima”, de donde puede concluirse que, sin duda, uno de los aspectos más íntimos de la persona está constituido por la información sobre sus actividades económicas y su transacciones o situación financiera. Dicha ley define esta garantía en los siguientes términos (art. 4.b):

Habeas Data: La garantía de la tutela de datos personales privados asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, sean éstos públicos o privados, cuya publicidad constituya una invasión a la privacidad personal familiar,

⁴⁶ Ley No. 621, “Ley de acceso a la información pública”, aprobada el 16 de Mayo del 2007 y publicada en La Gaceta, No. 118 del 22 de junio del 2007.

que tenga relevancia con respecto a datos sensibles de las personas, su vida íntima, incluyendo sus asuntos familiares, que se encuentren en poder de las entidades especificadas en el artículo 1. Se entiende por Datos Sensibles, los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliaciones políticas, sindicales e información referente a la salud física y psicológica o a la vida íntima de las personas, en cualquier formato en el que se generen o almacenen (art. 4.b.)⁴⁷.

El *habeas data* en el ámbito financiero debe garantizar por tanto, el conocimiento y acceso de la persona a la información que puedan poseer las entidad públicas o privadas de servicio público sobre sus transacciones financieras, el derecho conocer por qué y con qué finalidad tienen esa información, y de poder rectificarla en caso de que sea inexacta o errónea.

Pero la cuestión que se plantea es, si al no conceder el derecho de *habeas data* sobre la información financiera de un ciudadano, el Estado podría o no estar violando el art. 26 de la Constitución; o dicho de otro modo, si tiene o no derecho el ciudadano de conocer y rectificar dicha información.

En nuestra opinión, existen sobradas razones y fines legítimos en la persecución de un delito complejo como el lavado de dinero, para que el Estado no dé a conocer al ciudadano sospechoso de cometerlo, los detalles de la información que tiene sobre sus transacciones financieras de las que sospecha lavado de dinero. Pero tampoco vemos ningún impedimento para impedir que un particular pueda solicitar la corrección o el completamiento de aquella información financiera que sabe se encuentra en manos del Estado y considera errónea; de la misma manera que entendemos necesaria la exoneración de responsabilidad de quien entrega la información o realiza el reporte de operación sospechosa a las autoridades.

El problema de la posible inconstitucionalidad de las limitaciones al derecho de *habeas data* impuestas por parte del Estado en materia de prevención de lavado de dinero, y la exoneración legal de responsabilidad para quien entrega la información al Estado, ya ha sido objeto de debate por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, que en su

⁴⁷ Ley No. 621, “Ley de acceso a la información pública”, aprobada el 16 de mayo del 2007, publicada en La Gaceta No. 118 del 22 de Junio del 2007.

Sentencia de diecisiete de agosto de dos mil cinco (Sentencia C-851/05) resolvió lo siguiente:

Las normas cuestionadas hacen parte de las medidas administrativas diseñadas por el legislador para la protección del sistema financiero de actividades de lavado de activos, y complementan las medidas de carácter penal también adoptadas por el legislador en esta materia. Esta finalidad justifica que el legislador haya establecido limitaciones especiales al derecho al hábeas data, como las que prevén las normas cuestionadas: (i) la reserva del reporte de actividades sospechosas frente a quien ha realizado o intenta realizar la operación y (ii) la exoneración de responsabilidad de quien realiza el reporte. El demandante considera que estas medidas son inconstitucionales; la Corte no estima que ello sea así. En primer lugar, la guarda de la reserva corresponde a unos fines legítimos y al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano en la prevención del delito de lavados de activos. En segundo lugar, la información a la que se refieren las disposiciones acusadas, solo es la estrictamente necesaria para poder hacer el seguimiento de las operaciones a través del sistema financiero, esto es, la relativa a cuentas, montos y transacciones financieras. En tercer lugar, los reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero no tienen el carácter de una imputación penal, sino el señalamiento preventivo de una transacción o transacciones que por sus características objetivas, razonablemente podrían llegar a estar relacionadas con el lavado de activos. En cuarto lugar, el artículo 11 de la Ley 526 de 1999, constituye una limitación temporal del derecho al hábeas data, que sólo opera durante el manejo administrativo de la información y en relación con los reportes de actividades sospechosas en manos de la Unidad de Información y Análisis Financiero. Esta reserva no contradice los artículos 15 y 29 de la Constitución, en la medida en que se refiere al acopio de información sobre manejo de fondos que permita detectar operaciones sospechosas, sin que implique por sí misma el adelantamiento de una investigación penal, por lo que tampoco afecta la presunción de inocencia⁴⁸.

⁴⁸ Sentencia C-851/05, Referencia: expediente D-5618. Sala Plena de la Corte Constitucional, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de agosto de dos mil cinco (2005). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 42 de

En nuestra opinión cabría concluir que en materia de *habeas data*, en relación con las medidas administrativas de prevención de lavado de dinero, se deben tratar diversas cuestiones relacionadas con el seguimiento y manejo de la información de los particulares.

En primer lugar, el reporte administrativo de una transacción financiera sospechosa no puede estar sometida a ninguna responsabilidad por parte de la institución financiera o de la empresa obligada a realizarla, ni de sus funcionarios; siempre que haya sido ejecutada de buena fe y siguiendo los procedimientos adecuados establecidos por la legislación, guardando los debidos deberes de sigilo y respeto al honor de la persona.

En segundo lugar, se debe establecer como un derecho del ciudadano, el poder aclarar ante las entidades financieras o empresas obligadas, las dudas que estas pudieran tener sobre el origen de los fondos de una transacción, o cualquier operación que considere poco usual, a fin de evitar el suministro de información incompleta a la autoridad administrativa.

Tercero, debe ser una obligación de las entidades financieras o empresas obligadas, así como de las instituciones públicas encargadas de investigar y prevenir operaciones de lavado de dinero, la custodia y el manejo confidencial y adecuado de la información durante todo el tiempo que esta se encuentre en su poder, a efectos de respetar el principio de presunción de inocencia y respeto a la honra y reputación de una persona.

En definitiva, cabe concluir este apartado señalando que, el sometimiento del Estado al principio de legalidad y el respeto a los derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad, a la honra y reputación, y al derecho de *habeas data*, tiene una estrecha relación con las normas, acciones y medidas del Estado dirigidas a cumplir los objetivos y compromisos internacionales de prevención de lavado de dinero, dado que no sería admisible que éste, con el propósito legítimo de cumplir sus compromisos internacionales en esta materia, lesione o atropelle los derechos humanos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales.

La búsqueda de este equilibrio es de especial importancia sobre todo en lo referido a la elaboración, remisión, análisis, custodia y archivo de los Reportes de Operaciones

la Ley 190 de 1995 y 11 (parcial) de la Ley 526 de 1999. Demandante: Maximiliano Echeverri Marulanda. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sospechosas (ROS), al igual que en el caso de las solicitudes de información que realice la Comisión de Análisis Financiero, o cualquier otra dependencia a la que se confíe esta labor, así como las investigaciones administrativas que se realicen para prevenir y detectar posibles ilícitos de lavado de dinero, en sede administrativa.

6. Instituciones claves

6.1. Comisión de Análisis Financiero (CAF)

En 1999 la Ley No. 285⁴⁹ creó la Comisión de Análisis Financiero (en adelante CAF),⁵⁰ como instancia técnica de coordinación interinstitucional del Consejo Nacional de Lucha contra las Drogas, con el objeto de lograr la coherencia de las políticas, medidas y acciones del Estado en la prevención y persecución del lavado de dinero ligado al narcotráfico, con facultades para recabar información financiera, detectar este tipo de actividades y coordinar acciones con otras autoridades con esta finalidad.

Al entrar en vigor la Ley Orgánica del Ministerio Público, que le concede a esta entidad el deber de acusar y de representar a la víctima, la CAF quedó conformada por los siguientes miembros:

- El Fiscal General (quien la preside)
- Un especialista de la Dirección de Investigaciones de Drogas
- Un especialista de la Dirección de Investigaciones Económicas
- Un especialista en Derecho Bancario
- Un Administrador o Economista propuesto por el BCN
- Un Auditor propuesto por el Colegio de Contadores Públicos.

La CAF nace en el marco de la lucha contra el tráfico de drogas y el lavado de activos provenientes de estos ilícitos, pero sin claras competencias relativas a la prevención y persecución del lavado de dinero o activos provenientes de otros ilícitos, como delincuencia organizada, corrupción y el terrorismo, que fueron compromisos posteriores.

⁴⁹ Ley No. 285, Ley de reformas y adiciones a la Ley No. 177, Ley de estupefacientes, sicotrópicos y sustancias controladas. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 69 del 15 de abril de 1999.

⁵⁰ Las disposiciones creadoras de la CAF de la Ley No. 285, se mantienen vigentes en la actualidad conforme el artículo 101 de la Ley No. 735 que expresamente establece su vigencia.

Los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de lavado de dinero son las instituciones financieras autorizadas y supervisadas (bancos, financieras, auxiliares de crédito, entidades del mercado de valores) y también las no supervisadas como cooperativas de ahorro y crédito, casas de intermediación, de cambio, emisores de tarjetas de crédito, casas de empeño, casinos y toda aquella que fuera catalogada como tal por la CAF.

En 2010 la Ley No. 735⁵¹ sustituyó el Consejo Nacional de Lucha contra las Drogas por el Consejo Nacional contra el Crimen Organizado, instancia que ahora tiene un campo de acción más amplio, ya no sólo contra el tráfico ilícito de estupefacientes, sino contra todas las formas de crimen organizado, lo que amplía su ámbito de competencias para prevenir el lavado de dinero y activos procedentes de cualquier actividad ilícita y financiamiento del terrorismo.

En Noviembre 2010, por medio del Decreto 70-2010⁵² que Reglamentó la Ley 735, el Poder Ejecutivo pretendió regular ampliamente el funcionamiento de la CAF, en un esfuerzo que constituye sin duda, un buen intento de ampliación de sus facultades y competencias, así como de una estructuración adecuada a los estándares internacionales.

Sin embargo, resulta que la nueva reglamentación de la CAF se hizo sin que el Poder Ejecutivo tuviera la habilitación legal necesaria, al estar facultado sólo para reglamentar la Ley 735, y no la Ley 285 que creo a la CAF, al haberse vencido el término legal que le concede el artículo 150.10 de la Constitución, para reglamentar las leyes que lo requieran “en un plazo no mayor de sesenta días” (la Ley 285 es de 1999).

No obstante lo anterior, el Reglamento de la Ley 735 es un buen intento de regulación de la CAF, definiendo que es “una instancia técnica que desarrolla sus propias funciones y tareas”, adscrita al Consejo Nacional Contra el Crimen Organizado que colabora en el ámbito de las siguientes funciones: elaboración de políticas y programas nacionales en materia de prevención y lucha contra la narcoactividad, lavado de dinero, bienes o activos y crimen organizado; facilitar la coordinación de las instituciones del

⁵¹ Ley No. 735, Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados. Publicada en Las Gacetas N° 199 y 200, de 19 y 20 de octubre del 2010.

⁵² Decreto N° 70-2010, Reglamento de la Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 223 de 22 de noviembre del 2010.

Estado en las políticas y programas de prevención y lucha contra el crimen organizado; promover la cooperación e intercambio de experiencias con organismos internacionales; y, solicitar a funcionarios de entidades públicas y privadas la colaboración para el cumplimiento de los objetivos de la ley.

De manera que un segundo cambio en la regulación de la CAF fue la ampliación de sus competencias por medio del Decreto 70-2010, que si bien le atribuyó nuevas funciones con el fin de asemejarla a una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF ó UAF), mantiene las deficiencias en relación con los estándares internacionales, que aconsejan una autonomía operativa, funcional y orgánica.

6.1.1. La CAF se incorpora al sistema único de inteligencia nacional

Ahora bien, al reglamentar ampliamente la Ley 735, todo hace indicar que el Ejecutivo está resuelto a que sea el Consejo Nacional Contra el Crimen Organizado la instancia de coordinación interinstitucional rectora de la lucha contra la criminalidad organizada, con apoyo de un “subsistema de inteligencia financiera”, donde la CAF pretendería ser la unidad operativa especializada (aunque no tenga por ahora capacidad autónoma para hacerlo).

Por ello llama la atención, que sólo unas semanas después, el propio Poder Ejecutivo propone con trámite de urgencia la Ley 750, e incorpora a la CAF al sistema nacional de inteligencia, llamado Sistema Nacional de Seguridad Democrática (SNSD), coordinado por la Dirección de Información para la Defensa (DID) del Ejército de Nicaragua.

Quizá la razón de esta decisión, es que las unidades operativas de inteligencia puedan compartir información para mejorar su coordinación, capacidad operativa y comprensión de las estrategias contra la criminalidad organizada que puedan atentar contra la seguridad del país, más no queda claro (ni en la Ley 750 ni en su Reglamento), qué tipo de información es la que deberán compartir estas unidades dentro del sistema nacional de inteligencia.

Según el art. 62.g de su Reglamento, la CAF sólo puede utilizar la información que recibe, requiere y produce, única y exclusivamente para el cumplimiento de sus funciones y tareas, y sólo puede compartir los resultados de su labor a través de un Informe Técnico

Conclusivo (ITC) con los integrantes interinstitucionales de la CAF, el Fiscal General y el Procurador General.

Ello es lógico, ya que compartir información sensible con muchas personas sobre el seguimiento de las operaciones de lavado de dinero u otras investigaciones sobre las actividades del crimen organizado, incrementa los riesgos de filtraciones que afectarían la efectividad y credibilidad de la CAF frente al país, el sistema financiero y los ciudadanos, ya que las investigaciones se realizan en el marco de las garantías de un Estado de Derecho, y por tanto, de respeto a los derechos humanos plenamente vigentes, que no pueden ser desechados por un Estado constitucional y democrático.

Por lo tanto, la incorporación de la CAF al sistema nacional de inteligencia, debería ser entendida a efectos de coordinación con el resto de unidades operativas de inteligencia, puesto que ni la DID, ni el sistema nacional de inteligencia, son las instancias encargadas de llevar adelante la política criminal o de justicia penal del Estado.

Debe por tanto normarse el tipo de información que deberá suministrar la CAF a la DID y el tipo de información que deberá compartir con el resto de unidades de inteligencia, y por supuesto, someter a todos los funcionarios al mismo deber de confidencialidad al que están sometidos los miembros de la CAF, así como establecer protocolos de intercambio de información, normas sobre su uso, resguardo y protección, etc.

Estas cuestiones no fueron resueltas por la Ley 750 ni su Reglamento, sólo se dice que estas unidades especializadas mantendrán relaciones de cooperación y coordinación con las demás instituciones del sistema nacional de inteligencia. Por el contrario, lo que se deja claro en el artículo 6.5 del Reglamento, es que la DID podrá, por instrucciones del Presidente, solicitar información a la SIBOIF y a la CAF de acuerdo a “los procedimientos y necesidades” del sistema de inteligencia y futuros “convenios de cooperación”.

Estas regulaciones abiertas, implican siempre un gran peligro para la credibilidad del propio sub-sistema de inteligencia financiera, dado que incrementa el riesgo de filtraciones, y abre la puerta a la posibilidad de manipulación o uso inadecuado de la información.

6.1.2. La CAF debe ser algo más que una instancia de coordinación

Vale insistir aquí que la CAF debería de ser algo más que una instancia de coordinación técnica, una entidad de inteligencia financiera especializada con sus propias

funciones y tareas, cuya misión requiere de las competencias y los recursos adecuados: personal altamente técnico y recursos económicos propios, asignación de una sede física segura equipada, un personal directivo de alta capacidad técnica, como lo dispone el propio art. 54 del Reglamento de la Ley 735, pero que se mantiene sólo en el papel.

El análisis de la información obtenida que debe realizar la CAF, es con el propósito de filtrar, detectar, relacionar y determinar la existencia de operaciones financieras o comerciales, sean nacionales o transnacionales, que pudieran estar vinculadas con el lavado de dinero, bienes y activos, el financiamiento al terrorismo o de cualquier otra actividad ilícita del crimen organizado o que sea delito grave en Nicaragua.

Por ahora la CAF recibe los reportes (ROS) de los sujetos obligados en la derogada Ley 285, y puede requerir ampliación de la información si tiene motivos razonables de que los fondos están vinculados a LD/FT. También puede solicitar información a cualquier institución estatal, con el fin de analizarla y determinar si existe alguna vinculación a los delitos de lavado de dinero, bienes y activos o financiamiento al terrorismo.

Se entiende que el resultado de su trabajo de análisis sobre transacciones financieras sospechosas, lo comunicaría a los demás miembros institucionales de la CAF (el Fiscal General y la Procuraduría General de la República), a través de un Informe Técnico Conclusivo (ITC). Sin embargo, esto no está sucediendo en la práctica, porque la CAF en realidad no tiene ninguna capacidad operativa propia.

La CAF debería tener facultades para dictar normas acorde con los estándares internacionales en la materia de su competencia, así como determinar los requerimientos mínimos de los programas de prevención de LD/FT, realizar inspecciones *in situ* y *extra situ* para determinar el nivel de cumplimiento de las distintas instituciones bajo su competencia, incluyendo los sujetos obligados que se encuentran supervisados por la SIBOIF.

También debería llevar un control estadístico y cualitativo de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS), de los Informes Técnicos Conclusivos (ITC) realizados a partir de las operaciones investigadas y de los casos judicializados; y debería conservar de manera adecuada toda información obtenida por la realización de sus funciones al menos por un período de cinco años, de acuerdo con los estándares internacionales.

Además, para la plena realización de sus funciones, tal como se establece en la letra de su Reglamento y de acuerdo con las competencias de sus instituciones homólogas, también debería poder suscribir acuerdos de entendimiento para el intercambio de información, cooperación y capacitación con entidades de otros países.

La CAF debería, a partir de una ley habilitante, poder dictar normas administrativas en materia de prevención de lavado de dinero, incluyendo el contenido mínimo de los programas de prevención y la forma de presentar los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) y Reportes de Transacciones en Efectivo (RTE), supervisar *in situ* y *extra situ* el cumplimiento de las disposiciones que ha dictado, aplicar sanciones administrativas y multa por incumplimientos o disposiciones contrarias a la legislación de prevención de lavado de dinero y debería colaborar con el resto de autoridades remitiéndoles la información requerida o que por iniciativa propia considere necesario.

La CAF debería poder normar los elementos mínimos de los Programas de Prevención de los Sujetos Obligados que constituyan instituciones financieras o no financieras, las políticas y procedimientos internos, los requisitos de los funcionarios o empleados responsables de administrar el programa de prevención de lavado de dinero, los planes de capacitación, los recursos de financiamiento y realizar revisiones periódicas para actualizar y mejorar los Programas de Prevención.

Además de la implementación de este tipo de programas, la CAF debe asegurarse de que las instituciones financieras continúen desarrollando las medidas de diligencia debida para la identificación del cliente, sus empleados y el origen de los fondos, así como el monitoreo permanentemente las cuentas, transacciones y negocios; presentar los Reportes de Transacciones Sospechosas (ROS) y los Reportes de Transacciones en Efectivo (RTE), y la conservación de la información obtenida por un período mínimo de 5 años, desde que finalice la relación con el cliente.

La CAF debería además poder recibir los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) y los Reportes de Transacciones en Efectivo (RTE) directamente de todas las entidades bajo su supervisión, financieras y no financieras, como única autoridad encargada de conocerlos y analizarlos.

Es necesario señalar que, en la actualidad, los Reportes (ROS) van de los bancos y entidades financieras a la SIBOIF, de ahí al Fiscal General, y de ahí a la DIE, que es la unidad que finalmente hace el trabajo de análisis de la información, sin tener los recursos ni el personal humano necesario para poderlo hacer adecuadamente

6.1.3. La posible futura Unidad de Análisis Financiero (UAF)

Es necesario señalar que, desde julio del año 2004, se encuentran en la Asamblea Nacional, varios Anteproyectos de Ley para la creación de una Unidad de Análisis Financiero (UAF), en los que se abordan los puntos esenciales para la creación y funcionamiento de una Unidad Especializada que cumpla con los requerimientos internacionales, sin que a la fecha se conozca claramente su futuro.

En uno de los Anteproyectos en manos de la Comisión de Asuntos Económicos, Finanzas y Presupuesto de la Asamblea Nacional, se propone que la UAF sea una unidad estatal administrativa, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía (funcional, organizativa y técnica) especializada en el análisis e investigación financiera dentro del sistema de lucha contra el lavado de dinero. Pero a pesar que esta Unidad es de vital importancia y necesidad en el sistema nacional para prevenir y luchar contra los ilícitos de lavado de dinero, sin por ello dejar de tutelar los derechos humanos de las personas, este anteproyecto continúa desplazado por la priorización de otras normas.

También es de hacer notar, que la carencia de esta Unidad Especializada para la prevención del lavado de dinero, es reiteradamente señalada por el GAFIC desde hace varios años, y es una de las críticas fundamentales que se le hace a nuestro país desde los organismos internacionales.

En el último Informe de Seguimiento del GAFIC a Nicaragua (18 de abril del 2011), se reconoce que la actual Comisión de Análisis Financiero (CAF) cuenta con recursos humanos y técnicos. Sin embargo, estos recursos no son propios, sino que pertenecen a otras instituciones que los proporcionan de manera temporal, sin mediar transmisión oficial; y que además, no cuenta con una fuente clara de financiación que garantice su operatividad.

En la práctica, si bien las autoridades del Estado de Nicaragua han reportado a GAFIC que la CAF cuenta con recursos, tanto en el ámbito técnico como humano, los Reportes de Operaciones Sospechosas que realizan las entidades del sistema financiero,

siguen analizándose en la Dirección de Investigación Económica (DIE) de la Policía Nacional, y *no en una entidad especializada*. La DIE es por tanto, la dependencia encargada de realizar los Informes Técnicos Conclusivos (ITC) y remitirlos posteriormente al Fiscal General, como presidente de la CAF, para que en base a los mismos se proceda en el ámbito judicial si así es el caso.

6.1.4. ¿Por qué la CAF no cumple con los estándares internacionales?

Como ya indicamos, a través del Reglamento de la Ley 735, el Ejecutivo realizó una extensa regulación y una minuciosa ampliación de las facultades de la CAF. La pregunta es entonces, *¿Por qué esta dependencia no cumple los estándares mínimos previstos en los compromisos internacionales suscritos por Nicaragua? ¿Por qué no puede ser calificada como una institución equiparable a una Unidad de Análisis Financiero o de Inteligencia Financiera (UIF o UAF)?*

En primer lugar, cabe señalar que de acuerdo con los términos de la Convención de Palermo (2000) y la Convención de Mérida (2003), el compromiso de los Estados Partes es establecer “una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.” Y una vez que prácticamente todos los Estados Partes, han cumplido con este compromiso, parece evidente que se trata de una cuestión de voluntad política.

Ahora bien, en el Primero y Segundo Informe de Seguimiento de Nicaragua por parte del GAFIC de 9 de febrero y 18 de abril de 2011 respectivamente, se pone en evidencia los esfuerzos de las autoridades y funcionarios de Nicaragua por convencer a los evaluadores del GAFIC de que la CAF funciona adecuadamente, pero en realidad no son más que intentos vanos para justificar el incumplimiento de nuestro país a este compromiso internacional. Dicen los citados informes de GAFIC:

UIF: Una de las deficiencias más críticas en Nicaragua es la falta de una unidad de inteligencia financiera independiente, con los recursos adecuados y que esté en operación. Un proyecto de ley UIF ha estado estancado en el Congreso desde hace muchos años, sin perspectivas de ser aprobado. Como se indica en el informe de evaluación mutua, había un margen dentro de la estructura legal e institucional de la Comisión de Análisis Financiero (CAF, entidad que en la actualidad centraliza la recepción de informes sobre transacciones sospechosas), para llevar a cabo algunas

funciones de UIF, si se designaba a un equipo especializado para ello. Las autoridades están intentando poner esto en práctica, lo cual es positivo.

Tal como se informó en el anterior informe de seguimiento, el nuevo Decreto Ejecutivo 70-2010 establece una lista de funciones de la CAF que se asemejan muy de cerca a las de una UIF, y establece que la CAF debe tener el personal, recursos y procedimientos necesarios para llevar a cabo sus funciones, incluido el nombramiento de un Gerente General por un período fijo y renovable de 5 años.

Algunas de las debilidades en lo que se refiere a la CAF señaladas en los informes de seguimiento del GAFI ya referidos y que compartimos son las siguientes:

Recursos: Según la información recibida, ya la CAF cuenta con un local propio auspiciado por el Ministerio de Gobernación, y con cuatro (4) funcionarios: un analista jurídico, un analista financiero, un asesor legal y un especialista en informática. Tiene además una camioneta, computadoras, muebles y un servidor. Algunos de estos funcionarios ya estaban trabajando desde hace dos años en el análisis de los ROS con la estructura anterior de la CAF, es decir, bajo la dirección de la Dirección de Delitos Económicos de la Policía, y sus análisis financieros han sido utilizados en varias investigaciones penales. Sin embargo, todos estos recursos técnicos y humanos son todavía “prestados” por otras instituciones y no han sido asignados o dados en pasantía oficialmente y autónomamente a la CAF. Además, no se ha designado al Gerente previsto en el Decreto 70-2010.

Autonomía: La falta de una fuente clara de financiación y, como se indica en el informe de evaluación, la composición institucional de la CAF (que está integrada por representantes de varios organismos diferentes y uno del sector privado), generan dudas acerca de su capacidad operativa, autonomía e inmunidad frente a interferencias políticas. Las autoridades argumentan que desde que la CAF se creó en 1999 ha demostrado que estas dudas serían infundadas, pero a la luz de las Recomendaciones del GAFI resulta claro que el esquema actual no satisface los estándares internacionales en esta materia. Dicha independencia será más necesaria en la medida en que las investigaciones de la CAF empiece a desarrollarlas un equipo especializado de funcionarios, y no la Policía como hasta el momento venía ocurriendo.

Financiamiento del Terrorismo: La Ley 285 que creó la CAF no le asigna funciones con respecto a financiación del terrorismo (solamente lavado de dinero). El Decreto 70-2010 amplió el alcance y las funciones de la CAF, pero el fundamento legal del Ejecutivo para asignar estas nuevas funciones a la CAF es cuestionable, ya que sólo tenía el mandato de Reglamentar la Ley 735 (Delincuencia Organizada) y no la Ley 285 de 1999, que es la base legal de la CAF y que no dice nada respecto a financiación de terrorismo.

6.2. Ministerio Público

La Ley Orgánica⁵³ el Ministerio Público lo define como: institución independiente y autónoma que tiene a su cargo la función acusadora y la representación de los intereses de la sociedad y de la víctima del delito en el proceso penal. Para poder ejecutar sus funciones, puede solicitar información y colaboración a cualquier organismo estatal en base al principio de vinculación. Entre sus atribuciones fundamentales se encuentra el ejercicio de la acción penal y la remisión a la Policía Nacional de denuncias para su respectiva investigación.

En el Reglamento⁵⁴ de la Ley Orgánica del Ministerio Público se regula la creación de las Unidades Especializadas, y una de esas unidades clave es la Unidad Especializada Anticorrupción y Contra el Crimen Organizado (UEACCO), que se constituyó en el año 2007, a partir de la fusión de la Unidad Contra el Crimen Organizado (creada mediante Acuerdo No. 430 del 13 de Agosto de 2004) y la Unidad Anticorrupción (creada mediante el Acuerdo No. 712 del 22 de mayo del 2006).

Esta unidad operativa del MP tiene como objetivo primordial realizar una persecución penal de los delitos de corrupción y crimen organizado con mayor eficiencia y eficacia, que contribuya de forma determinante a la persecución penal nacional y trasnacional. La UEACCO se encuentra bajo la dependencia directa del Fiscal General y su competencia se extiende a todo el territorio nacional. Está integrada por 7 fiscales especializados, 15 fiscales auxiliares de enlace en los departamentos y las regiones

⁵³ Ley No. 346, “Ley Orgánica del Ministerio Público”, aprobada el 2 de mayo del 2000 y publicada en La Gaceta, No. 196 del 17 de octubre del 2000.

⁵⁴ Decreto No. 133-2000, “Reglamento de la Ley Orgánica del Ministerio Público”, aprobado el 11 de diciembre del 2001 y publicado en La Gaceta No. 14 del 19 de enero del 2001.

autónomas y una unidad de enlace en Managua. Su sede se ubica, en las oficinas centrales del Ministerio Público, en la ciudad de Managua.

A la Unidad Especializada Anticorrupción y contra el Crimen Organizado del Ministerio Público le corresponden las siguientes funciones:

- Orientar jurídicamente las investigaciones y ejercer la acción penal en los casos relacionados con los delitos: Narcotráfico; trata de personas; tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos; tráfico de migrantes ilegales; tráfico ilícito de armas; tráfico ilícito de vehículos; terrorismo; genocidio; lesa humanidad; secuestro extorsivo; lavado de dinero, bienes y activos; crimen organizado; delitos contra patrimonio cultural de la nación; falsificación de monedas; contrabando y defraudación aduanera; así como los demás delitos referidos al crimen organizado contenidos en el artículo 3 de la Ley 735, Ley contra el crimen organizado.
- Conocer los casos en que la acción delictiva sea realizada por un grupo, red local nacional o transnacional.
- Coordinar las acciones y dar apoyo técnico jurídico en las investigaciones que se lleven a cabo en las sedes departamentales y regionales del Ministerio Público.
- Coordinar acciones y dar apoyo técnico jurídico en el cumplimiento de la asistencia jurídica internacional que por medio de la secretaria ejecutiva se le designen.
- En los casos de delitos contra la corrupción, la unidad nacional y sus enlaces conocerán los casos de corrupción de mayor relevancia, cuando el sujeto activo del delito sea:
 - Funcionarios de instituciones públicas y entes autónomos; y dirigentes de partidos políticos.
 - Diplomático y directivo de agencia de cooperación internacional y organizaciones no gubernamentales nacionales.
 - Personajes connotados de la vida pública nacional, tanto del sector privado, social, civil, universidades y medios de comunicación.
 - Persona políticamente expuesta.

El Ministerio Público y la Policía Nacional están facultados, conforme el artículo 35 de la Ley 735, de solicitar al juez como medida precautelar, la inmovilización o congelamiento de las cuentas bancarias de los imputados o personas que se hayan beneficiado directamente por los delitos relacionados con el crimen organizado así como la intervención de la institución, sociedad de cualquier tipo o negocio que participe directa o indirectamente en la comisión del crimen organizado, sin embargo en la práctica solamente una vez se ha solicitado en virtud de asistencia jurídica internacional.

Es importante reconocer que más allá de la propia capacidad y voluntad de los fiscales, la prevención y persecución efectiva de ciertos delitos muy graves como el lavado de dinero, la corrupción y el crimen organizado transnacional, dependen mucho de la voluntad política de las más altas autoridades del Estado. La situación de partidización del Ministerio Público es evidente y conocida por toda la sociedad, de manera que no nos detendremos en ello.

Por otra parte, si consideramos que las medidas de prevención de lavado de dinero a la fecha han significado el enjuiciamiento de no más de tres (3) casos desde que se puso en funcionamiento de un programa de prevención de lavado de dinero (hace unos 3 años), y que el resto de casos enjuiciados de este delito corresponden a la detención o captura *in fraganti* de traficantes de dinero en efectivo o por tráfico de drogas, pero que no se deben a la labor preventiva de los análisis de inteligencia financiera, nos parece que el programa de prevención de lavado de dinero no puede ser evaluado como eficaz y efectivo en cuanto a enjuiciamientos.

Por otra parte en materia anticorrupción, a pesar de los esfuerzos de reglamentación y capacitación permanente realizados por muchas dependencias del sector público para mejorar la eficiencia y transparencia de la gestión de los recursos públicos, hay un excesivo número de casos graves de corrupción denunciados públicamente que ni se investigan ni se enjuician por motivos asociados al poder (político, partidario, económico, familiar, religioso, etc.), lo que evidencia un alto grado de tolerancia o complicidad de las propias autoridades nacionales, de los partidos políticos y de la sociedad en general, de manera que muchos de estos “esfuerzos” para frenar la corrupción, en realidad son meras declaraciones formales.

6.3. Procuraduría General de la República

La Procuraduría General de la República (PGR) es una institución adscrita al Poder Ejecutivo con independencia funcional que ejerce la representación legal del Estado en diversidad de situaciones. Fue creada mediante la Ley No. 411 “Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República” y cuenta con un Reglamento reciente, el Decreto Ejecutivo 19-2009.⁵⁵ Es parte del Consejo Nacional contra el Crimen Organizado.

Dicho Reglamento establece la organización de la PGR y procuradurías específicas, siendo una de ellas la Procuraduría Penal, que representa los intereses del Estado en las causas penales en que se afectan o entran en juego sus intereses, tal es el caso de los delitos por corrupción, los económicos, lavado de dinero, bienes y activos y financiamiento al terrorismo, entre otros.

La Procuraduría Penal es por tanto la dependencia específica de la PGR, encargada de representar al Estado en cualquier asunto, trámite o causa penal en el que el mismo sea víctima u ofendido. Es responsable de investigar, denunciar y acusar por aquellos delitos que afectan el patrimonio del Estado, a fin de que los responsables de las mismas no queden impunes, garantizando de esta manera, una tutela y defensa real y efectiva de los intereses del Estado.

En el año 2007, el Gobierno de Nicaragua modificó la estructura y organización de la Procuraduría Penal declarando que lo hacía para perfeccionar su capacidad de respuesta frente a los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional, la corrupción estatal y la delincuencia común, estableciendo tres unidades especializadas: 1) la Unidad Anticorrupción; 2) la Unidad contra el Crimen Organizado y, 3) la Unidad contra Delitos Económicos.

Poco tiempo después, en el año 2009, por medio del Reglamento 19-2009 se creó una nueva unidad destinada a la defensa del Estado en el ámbito internacional y a atender las solicitudes internacionales de asistencia legal mutua en materia penal, que por su especialidad debía ser confiada a un área específica, siendo la Unidad de Asuntos Penales Internacionales, Derechos Humanos y Humanitarios.

⁵⁵ Ley No. 411, “Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 244 de 24 de diciembre de 2001, y su Reglamento por Decreto 19-2009, publicado en el Diario Oficial, La Gaceta No. 59 de 26 de marzo de 2009.

Al igual que en el caso de la unidad especializada del Ministerio Público, debemos señalar que, no obstante es apreciable una organización que manifiestamente es mucho más adecuada para que Nicaragua pueda cumplir con sus compromisos internacionales en materia de prevención de lavado de dinero, resulta clave la voluntad manifiesta de los más altos funcionarios del Estado para asegurar que los miembros de dichas unidades realicen con efectividad su trabajo, puesto que los logros reflejados en los últimos años contra el lavado de dinero y la corrupción, son todavía insuficientes para la magnitud del problema al que se enfrenta nuestro país, que tal como lo reconocen, incluso altos funcionarios del Estado: “es muy vulnerable al lavado de dinero”.⁵⁶

6.4. Policía Nacional

Tal como se establece en su normativa, la Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil, destinado a proteger a los ciudadanos mediante la preservación del orden y de la persecución de los delitos, con estricto apego a la ley. Para el cumplimiento de sus misiones de prevención y persecución del delito tiene facultades de investigación de actos delictivos, acumulación de pruebas, elementos de juicio, evidencias y toda actuación relacionada con el levantamiento de diligencias. Su norma fundamental es la Ley 228, “Ley de la Policía Nacional” y su Reglamento Decreto No. 26-96.

Las facultades de investigación en los delitos relacionados con lavado de dinero, corrupción, criminalidad organizada y financiamiento al terrorismo, las ejerce mediante las Especialidades de Investigaciones Criminales de Drogas y Económicas, las cuales tienen cierta expresión territorial en todo el país, los puestos fronterizos y aeropuertos.

⁵⁶ Parr. 56 del GAFIC. (2009). *Informe de Evaluación Mutua Anti Lavado de Dinero y Contra el Financiamiento del Terrorismo (ALD/CFT)*, Nicaragua, 30 de Octubre de 2009, en la que se expresa: “La posición geográfica de Nicaragua, ubicada en la mitad de Centroamérica y con costas en ambos océanos, la convierten en tránsito privilegiado para las manifestaciones del narcotráfico y otras formas de delincuencia transnacionales que se generan al sur y norte de las fronteras nicaragüenses. Igualmente se presta para transacciones de armas a cambio de drogas. “Esta realidad –según indicaron las autoridades – hace que Nicaragua sea vulnerable al lavado de dinero”. Descargado el 20 de agosto de 2011, de http://www.siboif.gob.ni/documentos/institucional/oaip/Nicaragua_3rd_Round_MER_%28Final%29_Spanish.pdf

En materia de prevención lavado de dinero, son básicamente los oficiales de la sede central de la Dirección de Investigaciones Económicas (DIE) los que dan seguimiento a estos casos, aunque en los casos de flagrante delito se involucran distintas unidades.

En la actualidad, la DIE de la Policía Nacional es la Unidad que recibe los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) en físico de manos del Fiscal General, en su calidad de Presidente de la CAF. Luego éstos son analizados por los oficiales de la Dirección de Investigaciones Económicas. Con dichos reportes se alimenta una base de datos y luego los documentos son custodiados y preservados por ellos. A partir de los ROS elaboran un informe técnico conclusivo (ITC).

Sobre la base de este Informe se continúa realizando la investigación, de tal manera que el ROS se archiva y a partir de ese momento es de acceso restringido. Una vez que la Dirección de Investigaciones Económicas de la Policía Nacional emite un dictamen y lo envía al Fiscal General de la República en su condición de presidente de la CAF, éste último inicia de oficio una investigación preliminar de conformidad a la legislación procesal penal.

A la fecha se conoce que de la actividad preventiva realizada por los oficiales de cumplimiento del sector bancario a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) que analiza la DIE de la PN, se han derivado tres (3) casos por lavado de dinero y, se conoce que además han sido investigados un total de 38 casos más que no han llegado a tribunales.

La DIE cuenta con un equipo muy reducido de oficiales para realizar este trabajo y tienen un nivel de retribución sustancialmente menor que el de otros funcionarios que realizan actividades similares, como los oficiales del Ministerio de Gobernación que trabajan en la sede de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Lucha Contra las Drogas, que en un primer momento fue la sede de la CAF originaria en 1999.

El Archivo Nacional es el encargado de recopilar toda información relativa a los delitos por lo que debe mantener una coordinación permanente con otras instituciones del Estado que procese información de interés para que brinden acceso a sus bases de datos.

Aunque las atribuciones que ejercen en cumplimiento de su función de investigar los delitos incluyen la posibilidad de realizar requerimientos a las distintas instituciones estatales para obtener la información para el esclarecimiento de los hechos investigados,

cuentan con muy escasos recursos financieros, tecnológicos y humanos, y no tienen acceso automatizado a las bases de datos más importantes del Estado, a pesar de que es de suponer que con la Ley 735 (contra el crimen organizado) se produciría una mejora de sus condiciones de trabajo, al canalizar hacia las actividades policiales partes de los medios y recursos decomisados o incautados a las organizaciones criminales transnacionales.

Es lamentable que durante los proceso de investigación, la Policía Nacional no cuente sobre todo con los medios tecnológicos necesarios, así como las autorizaciones requeridas para acceder de forma automatizada e inmediata a la información de la mayor parte de instituciones públicas (Dirección General de Ingresos, Dirección General de Aduanas, Registro Mercantil, Poder Judicial, Catastro Físico, Registro de la Propiedad, Dirección de Migración y Extranjería, Registro del Estado Civil de las Personas, entre otros).

Esta situación es contraproducente para la sostenibilidad y efectividad de la persecución del delito en general y especialmente en la lucha contra el crimen organizado, ya que los oficiales operativos de la Policía Nacional son los que realizan el trabajo más duro, pero contradictoriamente disponen de recursos muy escasos y su retribución salarial es muy baja.

En relación a la asistencia recíproca internacional, la Policía a través de la Oficina Central Nacional “INTERPOL” Managua es la encargada de dar cumplimiento a los compromisos de cooperación para la prevención y la represión de las infracciones de derecho común que contrajo el gobierno de Nicaragua al adherirse como Estado Miembro de la Organización Internacional de Policía Criminal. Esta Oficina es la responsable del intercambio de información del orden criminal para lograr la ubicación, búsqueda de personas y bienes con el resto de las oficinas centrales del mundo.

Los oficiales de la Policía Nacional han adquirido una importante experiencia práctica en la persecución y esclarecimiento de casos de lavado de dinero, bienes y activos, así como en las prácticas corruptas cometidas por funcionarios públicos. Sin embargo, es evidente que su nivel de retribución no les permite reclutar el personal necesario para poder realizar labores de inteligencia financiera que sean más efectivos, y requieren permanentemente la instrucción de nuevos investigadores y la actualización constante en la prevención, detección, investigación y judicialización de estos delitos.

7. Cumplimiento de compromisos internacionales

7.1. Código Penal (Ley 641)

La promulgación del Código Penal, que entró en vigencia el 9 de julio de 2008,⁵⁷ vino a tipificar una serie de delitos carentes de una adecuada regulación, entre ellos: el lavado de dinero, el terrorismo y el financiamiento al terrorismo, el crimen organizado y la corrupción, cumpliendo así nuestro país con importantes compromisos adoptados con la Comunidad Internacional, como los que hemos referido al principio de este informe de investigación.

El cumplimiento de nuestro país, que ha introducido una tipificación adecuada de estos delitos para los estándares internacionales, ha sido reconocido reiteradamente en los informes evaluativos realizados por el GAFIC.

7.2. Código Procesal Penal (Ley 406)

La Ley No. 406, Código Procesal Penal de Nicaragua, establece los procedimientos, en algunos casos especiales, a implementar en los juicios por delitos graves, menos graves y faltas penales, teniendo las autoridades del país dentro de sus facultades, atribuciones suficientes para investigar y procesar tales crímenes.

En relación al lavado de dinero, bienes o activos se contempla el requerimiento de información a las autoridades y entidades financieras. La solicitud procede cuando lo requieren expresa y fundadamente el Fiscal General o el Director General de la Policía Nacional.

Por otra parte, se puede afirmar que las normas del Secreto Bancario no impiden la expedición de la orden judicial, de la cual no cabe informar a la persona investigada excepto que sea introducida como prueba en un proceso penal.

Salvo para los fines del proceso, toda persona que haya tenido acceso a la información del caso deberá guardar absoluta reserva de su contenido y, en caso de violar esta disposición, el funcionario podrá ser destituido de su cargo.

⁵⁷ Ley No. 641, Código Penal de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008.

Cabe la interceptación de comunicaciones telefónicas cuando se trate de delitos de terrorismo, legitimación de capitales o lavado de dinero o activos. Solicitud que procede a petición del Fiscal General o el Director General de la Policía Nacional, valorando el juez la procedencia de la medida. También procede la interceptación de las comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas cuando se trate de los mismos delitos.

Este tipo de procedimientos constituyen requisitos mínimos, si consideramos como ya dijimos, que la Constitución Política de Nicaragua en su artículo 26, establece el derecho de los ciudadanos a la privacidad, y siendo que además es un compromiso reconocido en distintos instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito y ratificado, algunos de los cuales incluso son referidos expresamente en el artículo 46 de la Constitución.

Finalmente es relevante señalar, que a los efectos de evitar la presión y manipulación de los miembros de un tribunal de jurado, cuando se trate de delitos relacionados con narcotráfico o lavado de dinero, bienes o activos, el Código Procesal Penal dispone, que no se cabe el derecho a juicio por jurado.

7.3. La prevención del lavado de dinero en el sector financiero regulado

De acuerdo con el artículo 36 de la Ley 285, al Consejo Directivo de la SIBOIF le corresponde, como máxima autoridad financiera, velar por el fortalecimiento y la solvencia del Sistema Financiero Nacional quedando facultado para dictar las normas y regulaciones necesarias para el cumplimiento de la ley.

En el año 2008 la SIBOIF aprobó la Norma para la gestión de prevención de los riesgos del lavado de dinero, bienes o activos; y del financiamiento al terrorismo, llamada Norma PLD/FT (previo a ello en el año 2002 emitió la Norma para la Prevención del Lavado de Dinero y de Otros Activos; y en el año 2006 la Norma sobre Oficiales de Cumplimiento, pero éstas dos últimas fueron derogadas y superadas por la emitida en el 2008)⁵⁸.

⁵⁸ SIBOIF. (2008). *Norma para la gestión de prevención de los riesgos del lavado de dinero, bienes o activos; y del financiamiento al terrorismo (Norma PLD/FT)*. Aprobada por el Consejo Directivo de la SIBOIF a través de la Resolución: CD-SIBOIF-524-1-MAR5-2008 de 05 de marzo del 2008 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta, ediciones números: 63, 64, 65, 66 y 67 correspondiente a los días 4, 7, 8, 9 y 10 de abril del 2008. El texto de la Norma PLD/FT que se publica en la página Web de la SIBOIF constituye la versión oficial,

En dicha norma se regula y establece las políticas de debida diligencia para el conocimiento del cliente; matrices para evaluación de riesgos en lavado de dinero; regulaciones sobre reportes de operación sospechosa; reportes de transacción en efectivo; archivo y conservación de información; implementación y control del Programa de prevención o Sistema integral de prevención y administración de los riesgos del lavado de dinero, bienes o activos; y del financiamiento al terrorismo; capacitación en materia de prevención de lavado de dinero; grupos financieros y gestión consolidada de riesgo de lavado de dinero; aplicabilidad de la norma en el mercado de seguros, mercado de almacenes generales de depósito; y toda una regulación conforme con las normas recomendadas por el GAFI sobre esta materia.

Además, la SIBOIF colabora con la CAF, proporcionándole información del sistema bancario que pueda estar relacionada con operaciones del lavado de dinero, bienes o activos, o del financiamiento al terrorismo, o con fondos provenientes, o que pudieran provenir, de cualquiera de las actividades ilícitas del crimen organizado; o que pudieran provenir, de otros delitos graves conforme el Código Penal.

Las entidades financieras presentan los Reportes de Operación Sospechosa (ROS), a la SIBOIF quien a su vez los remite a la CAF para su análisis. Los reportes de operación sospechosa están referidos a actividades o transacciones inusuales, que carecen de un fundamento legal o comercial evidente, o que no guardan relación con la actividad económica y transaccional declarada inicialmente por el cliente o que no logra demostrar o justificar el origen de sus fondos. En estos casos, la entidad supervisada dispone de un plazo de 45 días contados a partir de la fecha de la detección o del momento que tiene conocimiento, para descartar o confirmar la necesidad de reportarla como operación sospechosa a la autoridad competente. Si del examen o análisis realizado a la operación considerada inicialmente como sospechosa se obtiene una explicación razonable y

íntegra, completa y refundida con todas sus reformas. Descargada de internet el 25 de junio de 2011, de http://www.siboif.gob.ni/documentos/marco_legal/Plavado/Norma_Prevenccion_LD-FT.pdf

La Norma PLD/FT derogó la Norma PLD de abril del 2002, y está vigente desde el 10 de abril del 2008. Fue reformada por primera vez por el Consejo Directivo de la SIBOIF a través de la Resolución: CD-SIBOIF-576-1-MAR11-2009 de 11 de marzo del 2009, y fueron publicadas en La Gaceta, Número 62 del 31 de marzo del 2009. La Norma PLD/FT fue reformada por segunda vez por el Consejo Directivo de la SIBOIF a través de la Resolución: CD-SIBOIF-612-3-ENE27-2010 de 27 de enero del año 2010, publicada en La Gaceta, No. 73 del 21 de abril del 2010.

documentada, no será necesario reportarlo como operación sospechosa. Este es un punto importante relacionado con el derecho de *habeas data* del ciudadano ya referido antes.

Si bien las entidades bancarias, dentro de sus normativas, protegen las operaciones que realizan sus clientes a través del sigilo bancario, y establecen sanciones a los funcionarios de las entidades supervisadas que den a conocer información, se exceptúan en los casos en que proporcionen esta información, que pudiera estar vinculada con lavado de dinero, bienes o activos, o financiamiento al terrorismo, o debido a que los fondos pueden ser provenientes de actividades ilícitas del crimen organizado o de delitos graves penalizados.

Por supuesto, el procedimiento que actualmente se sigue por carecer de una Unidad de Análisis Financiero, de enviar los ROS a la SIBOIF, para posteriormente remitirlos a la CAF, propicia por una parte el manejo y manipulación de la información por varias instancias, lo cual no resulta conveniente por tratarse de una información muy sensible sobre las actividades financieras que realiza un cliente y por otra parte, se trata de una mera sospecha, debido a que hasta ese momento no se ha logrado demostrar que el cliente esté implicado en una actividad relacionada con lavado de dinero, ni se ha iniciado un proceso penal, sino que solamente se tiene la duda o inquietud sobre la operación financiera.

Con el propósito de conservar en buen estado y actualizada la información física y electrónica de los registros y archivos sobre la identidad, transacciones, actividad y correspondencia de sus clientes, las instituciones reguladas por la SIBOIF están obligadas a preservar la información durante un plazo mínimo de cinco años contados a partir de que la relación con el cliente quede cerrada.

Adicionalmente, de conformidad a la Norma PLD/FT, las entidades supervisadas por la SIBOIF, deben implementar medidas y controles internos que permitan una “Debida diligencia para el conocimiento del cliente” (DDC); incluyendo a los cotitulares, representantes, firmantes y beneficiarios finales de éstos; ya sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. La Política DDC se aplica de acuerdo las circunstancias y factores de riesgo en materia de LD/FT, habiendo una clasificación:

- DDC intensificada para los casos de alto riesgo;
- DDC estándar correspondiente a los clientes de nivel de riesgo medio o normal, y;

- DDC simplificada para los del nivel de riesgo bajo.

La DDC intensificada, está referida al conjunto de políticas, procedimientos y medidas diferenciadas de control interno razonablemente más rigurosas, profundas, exigentes y exhaustivas que la entidad supervisada aplica a los clientes clasificados como de alto riesgo, a partir del análisis de los factores de riesgos lavado de dinero o de acuerdo con los resultados de la matriz de calificación del nivel de riesgo en la materia.

Sin perjuicio de que adicionalmente puedan ser incluidos y calificados de acuerdo con las matrices de calificación de riesgo de lavado, propias de cada entidad supervisada, o según las mejores prácticas internacionales de prevención de lavado de dinero, los factores de riesgo LD/FT se clasifican de la siguiente manera:

- 1) Por Clientes;
- 2) Por Productos, o Servicios, o Cuentas;
- 3) Por Canales de Distribución; y
- 4) Por Países, Jurisdicciones o Áreas Geográficas.

El Anexo 1 de la Norma PLD/FT, detalla y define quienes corresponden a la categoría de clientes de alto riesgo, entre los que se encuentran las Personas Expuestas Políticamente (PEP), incluyendo a familiares cercanos, asociados y estrechos colaboradores:

- Personas Expuestas Políticamente (PEP): Como toda persona natural identificada al inicio o en el transcurso de la relación contractual, que se desempeña o se ha desempeñado como funcionario público de alta jerarquía, en su propio país o en el extranjero. Se incluye a sus familiares más cercanos, a personas estrechamente asociadas, a sus estrechos colaboradores y también, a aquellas personas que ocupan posiciones de primer nivel, pertenecientes a cualquier sociedad mercantil, negocio u otra entidad que haya sido organizada por o para beneficio o en propiedad de un funcionario de alta jerarquía o porque están asociadas a ésta, y aquellos con los que públicamente mantenga relaciones financieras o comerciales. Además, dentro de los PEP están comprendidos los Partidos y Organizaciones Políticas y las embajadas o representaciones diplomáticas y consulares.

- Funcionario público de alta jerarquía: Corresponde a aquellas personas electas o no, que tienen o que han estado a cargo de funciones públicas prominentes en su propio país o en el extranjero en las ramas ejecutiva, legislativa, electoral, judicial, municipal, administrativa, diplomática, militar o policial; así como, las figuras prominentes pertenecientes a partidos políticos; o ejecutivos de alta jerarquía de compañías que pertenezcan al Estado. En este concepto no se incorpora a individuos de rango medio o más bajo de las categorías antes expuestas.
- Familiares cercanos de un funcionario público de alta jerarquía: Se consideran a los padres, hermanos, cónyuge, hijos y suegros de tal persona y cualquier persona con la que mantenga relaciones de afinidad permanente o de hecho.
- Persona estrechamente asociada a un funcionario público de alta jerarquía: Cualquier persona de la cual se conozca que comúnmente mantiene una relación cercana con un funcionario público de alta jerarquía o persona jurídica en la que dicho funcionario tiene una posición de control administrativo o accionario, o, de cualquier forma, un interés económico en la misma. Se incluye a personas que están en posición de conducir transacciones financieras significativas en el país o en el extranjero para beneficio del funcionario de alta jerarquía.
- Estrechos colaboradores: Son aquellas personas a las que, sin ser funcionarios de alta jerarquía, se les conoce comúnmente una relación o vinculación estrecha con un PEP, incluyendo a los que están en posición de conducir transacciones financieras significativas en el país o en el extranjero para beneficio de éste.
- Personas notoriamente públicas: Todas aquellas personas naturales que en atención a su posición política presente o pasada, o que por su connotación o posición pública o privada actual, económica, social o de otra naturaleza, esté en capacidad de influenciar u obtener un tratamiento o dispensas en el trato y el cumplimiento de requisitos y aplicación de medidas de debida diligencia que, en condiciones normales o de igualdad con otras personas que no tengan o hayan tenido esas calidades, no podrían obtener en sus relaciones mercantiles o de negocios con las entidades financieras supervisadas.

Esta disposición dio lugar a que se presentara ante la Corte Suprema de Justicia un recurso de inconstitucionalidad, por considerar los recurrentes que la definición de las PEP ubicadas dentro de la categoría de clientes de alto riesgo, atenta contra los derechos individuales y políticos consagrados en la Constitución Política de la República de Nicaragua. Hasta la fecha, la Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado sobre el recurso.

En opinión de algunos funcionarios de instituciones bancarias el hecho de que el GAFI haya ubicado a Nicaragua en la “lista gris” causa un grave perjuicio para el sistema financiero nacional, por cuanto implica que a largo plazo se incrementará el nivel de exigencia y control de parte de las entidades financieras internacionales.

Las instituciones financieras supervisadas por la SIBOIF son las únicas que han venido dando cumplimiento a la Norma PLD/FT, y el compromiso de asignar presupuesto suficiente que garantice los recursos humanos, financieros y tecnológicos para la implementación del Sistema Integral de Prevención y Administración del Riesgo del lavado de dinero, bienes o activos y del financiamiento al terrorismo (SIPAR LD/FT), aunque en un futuro próximo deberán destinar mayores recursos financieros para la implementación de estos programas.

7.4. La autoridad central de cooperación penal

Para la aplicación de los compromisos adoptados en las distintas convenciones y compromisos internacionales, los Estados Partes deben designar una Autoridad Central que tiene a su cargo el envío y recepción de las solicitudes de asistencia y mantiene comunicación permanente con las Autoridades Centrales de otros Estados. Ello es esencial por ejemplo en casos de solicitud de asistencia jurídica mutua, que requieren la cooperación de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requirente y de las autoridades del Estado requerido.

Para algunas Convenciones como la Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, la Organización de Estados Americanos (OEA) ya había sido notificada oficialmente desde el 24 de enero de 2003 de la designación de la Procuraduría General de la República (PGR) como Autoridad Central para atender las solicitudes de dicha convención.

Actualmente, la Unidad Especializada de Asuntos Penales Internacionales, Derechos Humanos y Humanitarios de la PGR, atiende los asuntos relativos a las solicitudes de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas con la Corrupción, las Asistencias legales Mutuas Internacionales, el Tratado de Asistencia Legal Mutua en materia penal entre los países Centroamericanos y la Convención Interamericana de Asistencia Legal Mutua en Materia Penal, y las Reuniones de los Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

El Reglamento de la Ley 735 establece además la posibilidad de que otras dependencias del Estado puedan cooperar en estas materias, al establecer que aunque la PGR es la «Autoridad Central para solicitud o trámite de Cooperación Internacional», “en todos aquellos instrumentos internacionales donde no haya sido designada (...) como Autoridad Central del Estado de Nicaragua, otras autoridades podrán prestar y solicitar cooperación internacional y asistencia judicial reciproca de acuerdo con los instrumentos internacionales vigentes.

8. Incumplimientos relevantes de Nicaragua

De acuerdo con el Segundo Informe de Seguimiento realizado por GAFIC a Nicaragua con fecha 18 de abril de 2011, a fin de superar las deficiencias identificadas en el Informe de Evaluación de Octubre de 2009, con el objeto de determinar el cumplimiento de compromisos internacionales en materia de prevención de lavado de dinero y contra el financiamiento del terrorismo (PLD/CFI), este organismo estableció que nuestro país no cumplía o sólo cumplía parcialmente diez (10) de las recomendaciones esenciales (*core*) y clave (*key*) del GAFI, razón por la que Nicaragua entró en la “*lista gris*” como país con “deficiencias estratégicas”, con seguimiento del GAFIC y revisión focalizada por parte del GAFI y de ICRG.⁵⁹

⁵⁹ ICRG es la Guía Internacional de Riesgo País. Desde 1980, sobre una base mensual, ha producido índices de riesgo político, económico y financiero de los países para hacer negocios internacionales. ICRG supervisa 140 países y sus calificaciones son la base de un sistema de alerta temprana de oportunidades y dificultades, país por país.

De las diez recomendaciones esenciales del GAFI no cumplidas por Nicaragua, en dos de ellas la calificación del país fue de “No Cumplimiento”. Estas dos recomendaciones esenciales no cumplidas son las siguientes:

- 1) No cumplimiento de la Recomendación 26: Creación de una UIF que se desempeñe como organismo central nacional para la recepción, análisis y divulgación de ROS, así como de información relacionada con posible lavado de activos y financiamiento del terrorismo, contenida dentro de las 40 recomendaciones contra el lavado de dinero.
- 2) No cumplimiento de la Recomendación III: Congelamiento y confiscación de activos terroristas, contenida en las 9 recomendaciones contra el financiamiento del terrorismo.

En el siguiente apartado consideramos imperativo detenernos en el análisis relativo al incumplimiento de la Recomendación número veintiséis (26) sobre la creación de una Unidad de Análisis Financiero, pero antes ofrecemos algunos argumentos generales.

En primer lugar debe tomarse en cuenta que, en el concierto mundial de las naciones, Nicaragua forma parte activa del compromiso global de hacer propia la lucha anti lavado de dinero y contra el financiamiento al terrorismo (ALD/CFT), tanto como las expresiones delictivas más relevantes que sustentan de modo significativo estos fenómenos: Narcotráfico, corrupción y crimen organizado, en sus principales modalidades.

Como ya hemos señalado, nuestro país es signatario y consecuentemente está obligado, por las cuatro (4) principales Convenciones suscritas en el marco de la ONU que se mencionan al principio de este informe, cuyas fechas de adopción, firma, aprobación, ratificación y depósito se detallan en el Anexo 1.

Adicionalmente, debe tenerse presente que en 1996 Nicaragua pasó a ser país miembro del Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), como órgano regional del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que, en el marco de la Comunidad Internacional es el organismo que orienta las recomendaciones técnicas para adoptar un efectivo e integral sistema de lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo (ALD/CFT).

Consecuentemente, desde entonces Nicaragua está comprometida a:

1. Aceptar y adoptar las Recomendaciones Técnicas que emita el GAFI, que se pueden sintetizar en que los países miembros deben implementar un adecuado y efectivo marco jurídico e institucional que incluya:
 - a) Leyes que creen los delitos de lavado de dinero y de financiamiento al terrorismo.
 - b) Medidas para congelamiento, decomiso y confiscación de los activos relacionados.
 - c) Leyes, regulaciones o medios coercitivos, que impongan obligaciones de prevención sobre instituciones financieras y ciertas actividades y profesiones no financieras.
 - d) Marco institucional o administrativo apropiado, y leyes que dispongan para las autoridades competentes los deberes, las facultades y las sanciones necesarias.
 - e) Leyes y otras medidas que le permitan al país contar con la capacidad para prestar el mayor rango de cooperación internacional.
 - f) Mecanismos que aseguren que todo el sistema sea implementado de una manera efectiva.

Como ya hemos indicado antes, son 49 las Recomendaciones Técnicas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), de las cuales 40 están referidas a la Lucha Contra el Lavado de Dinero (LD), y 9 (denominadas Especiales) se concentran en la Lucha Contra el Financiamiento al Terrorismo (FT).

Debe tomarse en cuenta que tanto el Fondo Monetario Internacional (FMI) como el Banco Mundial (BM) han reconocido que las Recomendaciones del GAFI son los principales referentes, patrones y estándares internacionales en esta materia a nivel mundial. Estas Recomendaciones del GAFI son revisadas y actualizadas cada cierto tiempo.

2. Aceptar evaluaciones cada 4 años a través del GAFIC, como examen al país miembro sobre el cumplimiento efectivo de los estándares internacionales de prevención de lavado y contra el financiamiento del terrorismo, y aplicar las medidas recomendadas.

Un sistema efectivo de prevención de lavado demanda que en un país existan ciertos elementos estructurales, tales como los siguientes:

- a) Respeto a principios tales como la transparencia y el buen gobierno.

- b) Cultura de cumplimiento anti-lavado apropiada, compartida y reafirmada por el gobierno, las instituciones financieras, las actividades y profesiones no financieras designadas, los grupos comerciales y las organizaciones de autorregulación.
- c) Medidas apropiadas para evitar y combatir la corrupción, incluyendo, donde la información sea disponible, las leyes y otras medidas relevantes, la participación de la jurisdicción en las iniciativas regionales o internacionales contra la corrupción.
- d) Un sistema judicial razonablemente eficiente, que asegure que las decisiones judiciales sean ejecutadas de manera apropiada; y el impacto de estas medidas sobre las medidas anti-lavado.
- e) Elevados requisitos éticos y profesionales para los oficiales de la policía, fiscales, jueces, supervisores financieros, etc., y medidas y mecanismos destinados a asegurar que se observen estos requisitos.
- f) Un sistema destinado a asegurar el comportamiento ético y profesional por parte de profesionales tales como los contadores y auditores, y los abogados. Ello puede incluir la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas, así como también métodos para asegurar el cumplimiento, como es el registro, la concesión de licencias y la supervisión o vigilancia.

8.1. La carencia de una Unidad de Análisis Financiero

En septiembre del 2004, Nicaragua fue evaluada por primera vez por el GAFIC, y en aquél momento uno de los puntos débiles que destacó en el Informe de Evaluación fue la ausencia de una Unidad de Análisis Financiero (UAF o UIF) conforme los estándares internacionales orientados por el GAFI y Grupo Egmont.⁶⁰

⁶⁰ La Recomendación No. 26 del GAFI dice sobre la UIF: «Los países deberían crear una UIF que se desempeñe como organismo central nacional para la recepción (y, si estuviera permitido, la solicitud), el análisis y la divulgación de ROS y otra información relacionada con un posible lavado de activos y financiamiento del terrorismo. La UIF debería tener acceso, directa o indirectamente, y oportunamente, a la información financiera, administrativa y proveniente de las autoridades garantes del cumplimiento de la ley necesaria para el cumplimiento apropiado de sus funciones, incluyendo el análisis de los ROS.»

El Grupo Egmont la define así: «Unidad central nacional, encargada de recibir (y, si lo tiene permitido solicitar), analizar y trasladar a las autoridades competentes comunicaciones de información financiera: (i) relacionadas con fondos de los que se sospeche un origen delictivo y una posible financiación del terrorismo,

En dicho Informe GAFIC dejó claro que la Comisión de Análisis Financiero (CAF) de Nicaragua, creada en el Capítulo IV de la Ley No. 285 no constituye una verdadera UIF o UAF por no contar, justamente, con los recursos humanos, financieros y tecnológicos, propios y permanentes, que la convirtieran en una instancia técnica verdaderamente operativa y capaz de generar los resultados necesarios y adecuados en materia PLD/CFT.

En tal sentido, es necesario indicar que Nicaragua y Cuba son los únicos dos países de América Latina que no cuenta con una Unidad Especializada, y esa situación destacada como un aspecto negativo en todos los foros, dictámenes e informes internacionales sobre el tema.

Como es conocido, la Lucha Anti Lavado de Dinero y Contra el Financiamiento al Terrorismo (ALD/CFT), no puede ser integral si no se cuenta con una estructura estatal, entidad, institución u oficina que reciba, analice y concluya sobre información financiera que a partir de alertas y sospechosas, presentan las empresas obligadas.

Una UAF o UIF correctamente diseñada no responde a intereses particulares, sino a los intereses nacionales y requiere para poder funcionar altos niveles de tecnicismo, recursos humanos y materiales apropiados para poder atender a los estándares internacionales y al interés colectivo de nación, en particular porque detrás de su intensa actividad, el Estado está obligado a asegurar y proteger también los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el derecho a la privacidad, la honra y la reputación, a los que ya hemos hecho referencia.

En Nicaragua los sujetos obligados a suministrar información (y esto incluye por supuesto a las sociedades o empresas) están previstos en el Capítulo V de la Ley 285, que en la actualidad se encuentra vigente, y pueden ser divididos en dos grupos:

- a) Las que se encuentran bajo la supervisión de la SIBOIF: Bancos, Financieras, Aseguradoras, Entidades que participan en el Mercado de Valores y los Almacenes Generales de Depósito;

o (ii) requeridas por la normativa nacional con el fin de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.»

- b) Las que no se encuentran bajo la supervisión de la SIBOIF, entre otras: Casinos, Cooperativas de Ahorro y Crédito, Casas de Empeño, Casas de Cambio y Casas de Remesas de Dinero.

De manera que un problema adicional a la ausencia de una UAF o UIF que cumpla con los estándares internacionales, otra debilidad significativa que presenta la materia PLD/CFT en Nicaragua, entre otras, es precisamente, que este segundo grupo de sujetos o empresas obligadas no han recibido ningún tipo de formación, capacitación, ni están desarrollando ningún tipo de Programas de Prevención LD/FT, de acuerdo con los estándares internacionales, y tampoco están suministrando ninguna información a las autoridades del Estado porque no existe ninguna autoridad reguladora y supervisora sobre la materia.

En todos los países, dichas Unidades funcionan como un filtro de depuración, organización y análisis de informaciones sobre las complejas vinculaciones financieras y económicas obtenidas a partir de reportes de operaciones sospechosas que proporcionan las instituciones financieras y otras entidades y personas obligadas; y cuyos informes técnicos apoyan, facilitan y robustecen las posteriores investigaciones que realizan y amplían otras autoridades sin restarle sus propias funciones, como la Fiscalía y la Policía.

9. Conclusiones

El lavado de dinero y sus delitos precedentes más graves: narcoactividad, criminalidad organizada, corrupción y terrorismo, han dejado de ser fenómenos de delincuencias locales que comprometen la paz y la seguridad ciudadana de un determinado país, y se han convertido en un problema global que pone en riesgo la estabilidad de naciones y regiones. En virtud de ello, la Comunidad Internacional y las organizaciones internacionales han venido trabajando en el cumplimiento de compromisos globales dirigidos a prevenir y luchar contra todas estas manifestaciones de la delincuencia organizada transnacional.

Nicaragua ha ratificado los principales instrumentos internacionales adoptados por la Comunidad Internacional en el marco de la ONU y la OEA, así como en el ámbito regional, en materia de narcotráfico, delincuencia organizada, terrorismo, financiamiento al terrorismo, corrupción, lavado de dinero y asistencia jurídica mutua en materia penal. Es

Miembro del GAFIC desde 1996, lo que significa que nuestro país se ha comprometido en la lucha contra estos crímenes, y en particular, en la prevención del lavado de dinero en su territorio, en sus empresas y entidades financieras, o de cualquier otro giro económico.

La suscripción de éstos acuerdos internacionales es importante pero no suficiente, por lo que en cumplimiento de los mismos, en nuestro país se han venido aprobado una serie de leyes y reglamentos que son una clara manifestación de esta voluntad de cumplir. Además, hay suficientes evidencias de que en nuestro país se realiza un trabajo coordinado de persecución de estos delitos y se ha puesto en práctica un programa de prevención de lavado.

No obstante todo lo anterior, Nicaragua ha sido calificada como país con “deficiencias estratégicas” en materia de prevención de lavado y ubicado en la “Lista Gris” del GAFI. Dicha organización señala las mismas “deficiencias estratégicas” que ya había advertido en años anteriores: 1) implementar medidas eficaces de diligencia sobre clientes y registro de requisitos, especialmente de entidades no reguladas por el sistema financiero; 2) realización de reportes de transacciones sospechosas adecuados para la prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo; 3) implementación de un programa adecuado de supervisión de prevención de lavado en todo el sector financiero; 4) creación efectiva de una Unidad de Inteligencia Financiera; y, 5) procedimientos adecuados para identificar y congelar activos de terroristas.

En nuestra opinión, la medida más importante que Nicaragua debe intentar cumplir de todas las señaladas, es el numeral cuatro (creación de una UAF), ya que ello le puede permitir avanzar más efectivamente en los demás compromisos internacionales.

El principal compromiso que Nicaragua ha incumplido sin que ninguna autoridad estatal asuma responsabilidad ni se conozcan las razones, es crear y poner en funcionamiento una Unidad de Análisis Financiero (UAF) que responda a los estándares internacionales de GAFI y Grupo Egmont, que sustituya a la Comisión de Análisis Financiero (CAF) creada en 1999 por la Ley 285. Cuando Nicaragua fue evaluada por primera vez por GAFIC en septiembre 2004, esta organización advirtió y destacó en su Informe de Evaluación que la ausencia en nuestro país de una Unidad de Análisis Financiero (UAF) que funcione de acuerdo con los estándares internacionales de GAFI y

Grupo Egmont, era un incumplimiento sensible de nuestro país en sus compromisos con la Comunidad Internacional.

Los compromisos internacionales suscritos por nuestro país (tales como la Convención de Palermo y la de Mérida) implican la creación de “*una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.*” En sus informes sobre Nicaragua, GAFI ha señalado que la Comisión de Análisis Financiero (CAF) creada por la Ley 285 no constituye una verdadera unidad de inteligencia financiera, por no contar con el marco legal adecuado, ni los recursos humanos, financieros y tecnológicos, propios y permanentes, que la conviertan en una instancia técnica operativa capaz de generar los resultados necesarios y adecuados de la materia de prevención de lavado de dinero.

Debido a que en Nicaragua no se cuenta con una unidad especializada (UAF) que cumpla con los estándares internacionales en la materia, el procedimiento que actualmente se sigue para el procesamiento y análisis de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) resulta inadecuado, inútil, innecesario e inseguro, porque pasa de mano en mano, de unas instituciones a otras, poniendo en riesgo la privacidad, honra y reputación de la persona sujeto de un ROS, en vez de respetarse el principio de presunción de inocencia, el derecho a una justicia efectiva, el derecho al proceso debido, el derecho a la privacidad, honra o reputación y el derecho de *habeas data*.

En particular, los ROS del sector financiero regulado pasan de los bancos a la SIBOIF, de ahí al Fiscal General, y de ahí a la Policía Nacional, lo cual resulta engorroso, lento y es objeto de manipulación por distintas personas e instancias; permitiendo así la posibilidad de una fácil ruptura de la cadena de custodia y la ocurrencia de filtraciones que pueden afectar, no sólo el resultado y efectividad de las propias investigaciones, sino incluso dañar innecesariamente la imagen o la reputación de una persona que ha sido objeto de un ROS, pero quizá no ha cometido ningún ilícito, lo cual puede suceder perfectamente en un país como el nuestro, con un bajo nivel de bancarización y exceso de economía informal, en el que muchas transacciones por cantidades importantes se hacen con dinero en efectivo.

9. Referencias bibliográficas

Fabián Caparrós, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. (1ª ed.). Madrid: Colex.

- CIDH. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 32: La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Descargado el 6 de noviembre de 2011, de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- CIDH. (2009). *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de enero de 2009. (Expediente de fondo, Tomo II, folios 452 a 466). Recuperado el 31 de octubre de 2011, de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.doc
- Del Cid Gómez, J. M. (2007). *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*. (1ª ed.). Barcelona: Ediciones Deusto.
- Federal Financial Institutions Examination Council's [FFIEC]. (2010). Bank Secrecy Act. Anti-Money Laundering Examination. U.S. Government. Descargado el 21 de septiembre de 2011, de http://www.ffiec.gov/bsa_aml_infobase/documents/BSA_AML_Man_Spanish.pdf
- GAFI. (2001, Octubre). *Recomendaciones Especiales sobre la Financiación del Terrorismo*. Recuperado el 4 de julio de 2011, de <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/55/1/34266749.pdf>
- GAFI. (2003, Junio). *Las Cuarenta Recomendaciones*. Recuperado el 4 de julio de 2011, de <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/53/34030987.pdf>
- GAFI/GAFISUD. (2011, Junio). *Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process - 24 June 2011*. Recuperado de internet el 21 de septiembre de 2011, de http://www.fatf-gafi.org/document/29/0,3746,en_32250379_32236992_48263965_1_1_1_1,00.html
- GAFIC. (2006, Octubre). *Acta de Entendimiento entre los Gobiernos Miembros del Grupo de Acción Financiera del Caribe*, 27 de octubre del 2006. San José, Costa Rica. Recuperado de internet el 3 de julio de 2011, de <http://www.cfatf->

[gafic.org/downloadables/doc/CFATF MOU%20November%2027,%202006%20-%20esp%20FINAL.pdf](http://gafic.org/downloadables/doc/CFATF_MOU%20November%2027,%202006%20-%20esp%20FINAL.pdf)

- GAFIC. (2006). “*Acta de Entendimiento del Grupo de Acción Financiera del Caribe*”, Documento original recuperado el 7 de junio de 2011, en <http://enlacecongreso.mirex.gov.do/ecc/Lists/Instrumentos%20Internacionales/Attachments/1289/ACTA%20DE%20ENTENDIMIENTO%20ENTRE%20LOS%20GOBIERNOS%20MIEMBROS%20DEL%20GRUPO%20DE%20ACCION%20FINANCIERA%20DEL%20CARIBE.pdf>
- GAFIC. (2009, Octubre). *Informe de Evaluación Mutua Anti Lavado de Dinero y Contra el Financiamiento del Terrorismo (ALD/CFT), Nicaragua*. Descargado 20 de agosto 2011, de http://www.siboif.gob.ni/documentos/institucional/oaip/Nicaragua_3rd_Round_MER_%28Final%29_Spanish.pdf
- Gros Espiell, H. (2003). La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 4. 2003. Descargado el 5 de noviembre de 2011, de <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH0303110193A.PDF>
- Jayne, E. (1991). Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, Caracas (N.º 82)
- Locke, J. (1990). *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Aguilar.
- Múa, J. (2011). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Mecanismos internos de protección*. Managua: Amerrique.
- Muñoz M., M. (2006). *Habeas Data*. Cienfuegos Salgado, D. y Macías Vázquez, M. (2006). *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de Derecho Público y Política*. 1ra. Ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
- Musco, E. (1974). *Bene giuridico e tutela dell'onore*. Milano: Giuffrè.
- ONU. *Resolución 1373 (2001)*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 [Referencia: S/RES/1373 (2001)]. Recuperada

- de internet el 3 de agosto de 2011 de <http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/scres1373e.htm>
- ONU. *Resolución 1566 (2004)*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004 [Referencia: S/RES/1566 (2004)]. Recuperada de internet en 4 de agosto de 2011 de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/542/85/PDF/N0454285.pdf?OpenElement>
- Ruiz, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos.
- Savigny, F. C. (1849). *System des Heutigen Römischen Rechts*. (Tomo VIII), Berlín.
- Tondini, B. M. (2006). Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos. *Working Paper CAEI* (Nº 20). Recuperado el 4 de agosto de 2011, de <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/20.pdf>
- Úbeda-Portugués, J. E. (2009). *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: Lucha global contra la delincuencia organizada transnacional*. (1ª ed.). Madrid: Visión Libros.
- US Government. (1970), *Bank Secrecy Act*, Recuperado el 5 de agosto de 2011, de http://www.fincen.gov/statutes_regs/bsa/
- Vidal Marín, T. (2007). Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional. InDret, *Revista para el Análisis del Derecho*. (No. 397). Barcelona, Enero, 2007. Recuperado el 23 de agosto de 2011, de http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf
- Warren, S. y Brandeis, L. (1890). "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*. (No. 5 Vol. IV), December 15, 1890. Recuperado el 17 de septiembre de 2011, de http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html
- Zamora, P. (2000). *Marco jurídico del lavado de dinero*. México: Oxford.